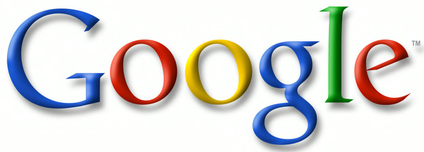
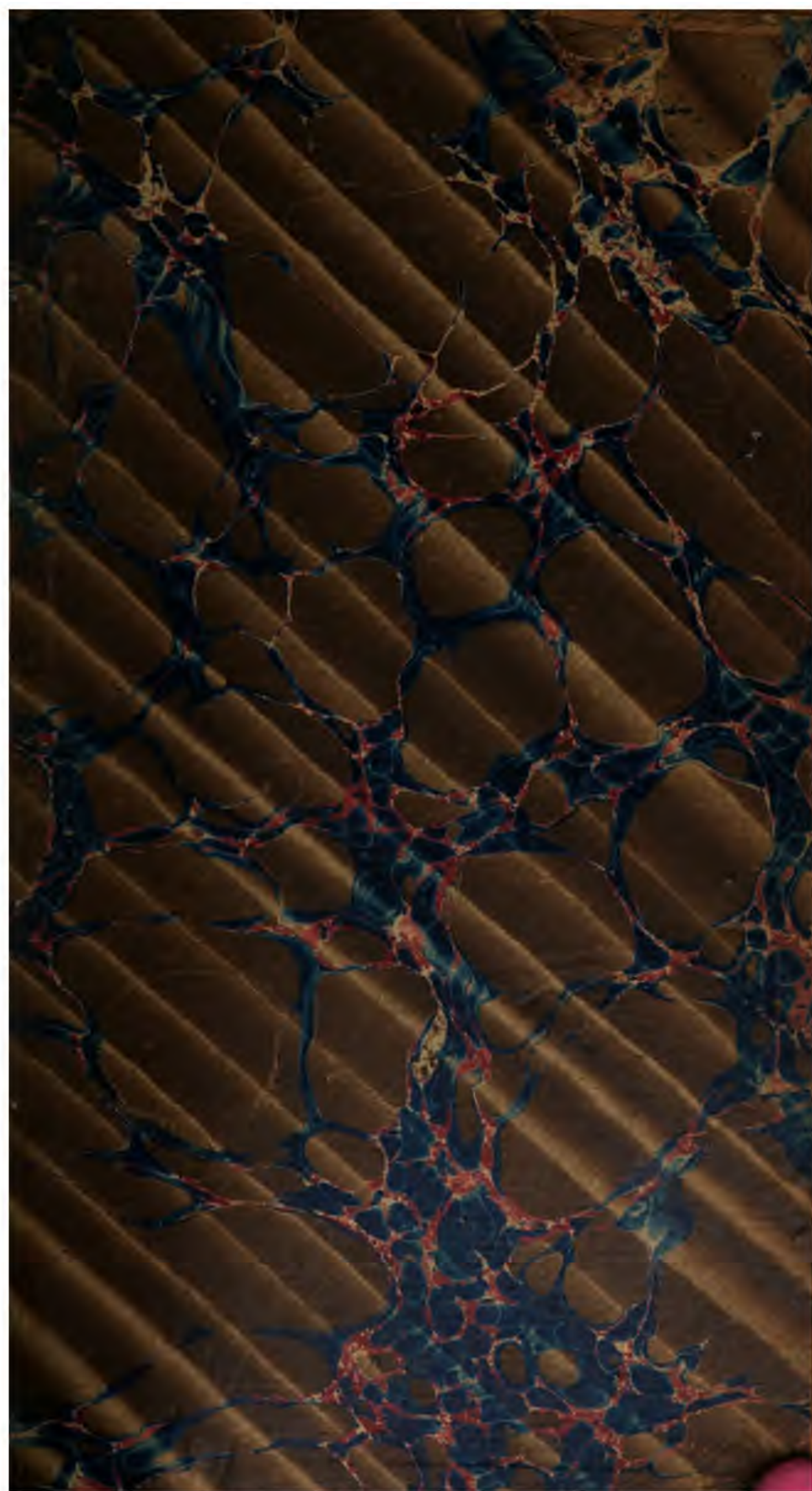

Google


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 784 201


SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
Received
Oct. 6, 1882.



France

LE DROIT PÉNAL

ÉTUDIÉ

DANS SES PRINCIPES, DANS SES USAGES

ET LES

LOIS DES DIVERS PEUPLES DU MONDE

DIJON, IMPRIMERIE DARANTIERE
Rue Chabot-Charny, 65

LE

DROIT PÉNAL

ÉTUDIÉ

DANS SES PRINCIPES, DANS SES USAGES

ET LES

LOIS DES DIVERS PEUPLES DU MONDE

OU

INTRODUCTION PHILOSOPHIQUE ET HISTORIQUE

A L'ÉTUDE DU DROIT CRIMINEL

PAR

J. TISSOT

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DES LETTRES DE DIJON
CORRESPONDANT DE L'INSTITUT

DEUXIÈME ÉDITION

TOME SECOND

DEUXIÈME PARTIE

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1880

Rec'd [illegible]

LIVRE II

MANIÈRES DE SAISIR LA JUSTICE D'UN DÉLIT

CHAPITRE PREMIER

De la plainte.

SOMMAIRE

1. Idées générales sur la manière de saisir la justice d'un délit.
2. But de la plainte.
3. Nécessité d'une autorité pour la recevoir et y faire droit.
4. Droit des parties de s'arranger entre elles.
5. Si cet arrangement peut aller jusqu'au pardon.
6. Distinction entre la morale et le droit.
7. Forme matérialiste de la plainte dans les anciens temps, à Rome, par exemple.
8. Le plaignant est toujours une personne déterminée.

On dénonce un délit à la justice lorsqu'on lui en fait connaître l'existence ; on s'en plaint lorsqu'on déclare dans la dénonciation qu'on est soi-même lésé par le délit, et qu'on demande la réparation du dommage souffert ; on accuse lorsqu'on demande l'application de la peine au délit dénoncé.

Ces trois rôles sont différents.

Tout le monde peut être admis à dénoncer un délit ; mais en principe, il n'y a que celui qui en souffre, dans sa personne ou dans celles des siens, qui ait le droit de porter plainte et de demander que justice lui soit rendue.

Quiconque a souffert injustement du fait d'autrui a droit à une réparation civile, et doit pouvoir l'arracher par l'intermédiaire de l'autorité et de la force publique, si elle ne lui est pas accordée de bonne grâce. Une indemnité et des garanties pour le respect de ses droits à l'avenir, voilà tout ce qui l'intéresse. L'action civile a le premier de ces deux résultats pour objet, l'action publique le second.

Dans toute société digne de ce nom, il existe une autorité ou force publique destinée à protéger les droits de chacun des membres qui la composent, non-seulement les droits de ceux qui sont lésés, mais encore les droits des coupables. L'institution de la justice criminelle n'est pas moins avantageuse aux malfaiteurs qu'aux honnêtes gens; il importe aux premiers de ne souffrir de leurs mauvaises actions que dans la limite de leur faute, et de n'être point abandonnés à l'arbitraire, à la vengeance de ceux qu'ils ont offensés. Leur droit, à eux, est de n'être punis qu'en proportion du mal qu'ils ont fait. Mais il dépend d'eux de renoncer à cette protection de l'autorité publique, et de subir une condamnation solennelle, de faire de plus grands sacrifices pécuniaires afin d'apaiser l'offensé et de prévenir une plainte légitime.

Les parties ont donc le droit d'arranger entre elles leurs différends, même en matière criminelle, et il y a très peu à redouter de ces accommodements dans l'intérêt de l'ordre public lorsqu'il existe une autorité sociale assez puissante et assez juste pour faire rendre à chacun le sien.

Il est très probable, en effet, que l'offensé ne se

contentera pas facilement d'une réparation moindre que celle qu'il peut obtenir en justice, ou que s'il le fait, ce sera par des considérations morales trop précieuses pour qu'elles ne doivent pas être encouragées. Dans le premier cas donc, la peine est bien suffisante; dans le second, elle cède en partie au pardon et sans doute au repentir qui l'a mérité, deux sentiments d'une importance sociale supérieure à celui de la justice.

Mais des arrangements de cette nature ne sont pas dans l'ordre ordinaire des choses; s'ils étaient imposés par la loi, et que la compensation pour le mal souffert fût fixée par elle; si surtout une peine pécuniaire était en outre infligée au profit du souverain pour la protection qu'il accorde au coupable ou pour toute autre raison, ce serait là déjà une pénalité réglée par la loi, une sorte de jugement public *a priori*, et non point un arrangement purement spontané et privé.

Si le pardon est un devoir moral, évangélique surtout, c'est au point de vue personnel; au point de vue social, en effet, une morale plus élevée pourrait bien exiger que le coupable, celui du moins qui l'est d'habitude et pour ainsi dire par principe, fût dénoncé à la justice publique. Je ne m'étonne donc point que certains législateurs aient fait une obligation de la plainte, et qu'ils l'aient sanctionnée d'une amende [1]. En tout cas, si la plainte n'est pas un devoir, elle est un droit.

[1] De Reutz, op. cit., p. 474. — En Angleterre, il n'est pas permis de se désister d'une plainte en violation de la liberté personnelle. Chez la plupart des peuples modernes, la renonciation à la réparation n'empêche pas l'action publique d'avoir son cours.

Ce droit s'est exercé suivant les temps d'une manière plus ou moins solennelle, je voudrais dire plus ou moins matérielle. Aujourd'hui, chez les peuples civilisés du moins, elle consiste en une simple déclaration faite au magistrat chargé de poursuivre les délits ; la prudence seule exige qu'elle soit écrite et signée ; et cette condition à l'admissibilité de la plainte reçoit même toutes les exceptions raisonnables. Il en était autrement à Rome, en France au moyen âge, et chez quelques peuples slaves.

A Rome, les citoyens qui élevaient une plainte contre d'autres devaient feindre, en présence du magistrat, de vouloir se faire justice eux-mêmes, comme cela se pratiquerait dans un pays où il n'existerait pas de pouvoir public. Tous les procès dans lesquels il s'agissait de deux intérêts privés commençaient par un duel où les parties se montraient près d'en venir aux mains[1].

Ce petit drame judiciaire n'était qu'un symbole, une formule en action. Elle se trouve convertie en formule parlée dans les Etablissements de saint Louis. Par exemple, en cas de vol, le plaignant devait concevoir sa plainte en ces termes : Je me plains de tel homme ; il m'a volé telle chose ; et, depuis, je l'en ai vu en possession. » Il déposait, au préalable, quatre deniers[2].

En cas de viol, le droit bohémien exigeait certaines

[1] GAII, IV, § 16, 17 ; — A. GELL., XX. 1 ; — ASCON., *in Verr. de prætor. urb.*, p. 100, ap. *Rome au siècle d'Auguste*, par M. DÉZOBRY, nouv. édit., t. II, p. 194.
[2] *Etabl.*, II, 12.

conditions dans la présentation de la plainte. Ainsi, lorsqu'une femme voulait être admise à poursuivre un individu comme coupable de viol à son égard, elle devait porter plainte aussitôt après avoir recouvré sa liberté ; elle devait commencer par appeler des témoins, leur faire voir son état, l'état des lieux où elle avait subi l'outrage. Si le fait s'était passé dans un champ, dans un bois, elle devait gagner bien vite les habitations les plus voisines, villes ou villages, les cheveux encore en désordre, les habits déchirés, et faire constater les traces de la violence, pleurer et appeler des témoins. A cette condition, le coupable était poursuivi et puni de mort [1].

A part les pleurs et l'appel des témoins, il n'y a rien dans ces prescriptions que d'assez naturel. La loi indiquait encore moins ici une manière sacramentelle d'engager une action criminelle, que les précautions à prendre pour que le délit pût être constaté. Seulement, la plainte aurait encore dû être reçue alors même que ces précautions n'eussent pas été prises, sauf à la plaignante à succomber dans sa demande. C'est pour avoir fait de ces précautions une condition absolue de poursuite qu'elles ont un caractère de formule introductive de l'instance.

Il est inutile de faire remarquer que la plainte, à la différence de la dénonciation, doit toujours avoir un auteur connu.

[1] MACIEIOWSKI, t. II. p. 172.

CHAPITRE II

De la dénonciation.

SOMMAIRE

1. A certains égards, la dénonciation peut être plutôt rendue obligatoire que la plainte.
2. Haute moralité à ménager en tolérant un silence généreux. — Circonstances où ce silence est presque un devoir.
3. Deux positions principales à l'égard de la dénonciation. Comment elles se subdivisent.
4. Mesures prises par certains législateurs pour assurer la dénonciation et pour réprimer en même temps la calomnie. — Dangers de ces mesures. — Egypte, Athènes, Rome, Venise, etc.
5. La pire des législations sur ce point.
6. Le dénonciateur doit se faire connaître du magistrat.
7. Il doit être confronté avec l'accusé.
8. Comment la dénonciation devient une plainte ou une accusation.
9. Gratuité nécessaire de la justice criminelle.
10. Ce que doit appréhender un plaignant, et dans quelle mesure.
11. Distinction suivant que la plainte porte sur les personnes ou sur les faits.
12. Qui doit prouver, du dénonciateur ou du dénoncé?
13. Sagesse des lois chinoises à l'endroit de la responsabilité du dénonciateur.

Si la plainte a pu être obligée malgré les motifs de haute moralité qui pouvaient porter la victime d'un attentat à pardonner au coupable, et cela en vue du bien public, à plus forte raison celui qui n'avait rien à pardonner a-t-il pu être civilement tenu de faire connaître à la justice le coupable qui cherchait à s'y soustraire. Exceptons, toutefois, les cas où le sang, les

affections de famille, la morale domestique ou quasi domestique[1] font une sorte d'obligation de jeter un voile de tendre pitié sur le coupable, moins pour tromper la justice que pour rester fidèle à la solidarité et au dévouement qu'inspirent des liens sacrés, et qu'une société trouve toujours plus d'intérêt à fortifier qu'à relâcher ou à dissoudre. Il en est de même dans les relations spirituelles qui s'établissent au nom de la religion entre le confesseur et le pénitent. Cette exception est commune à la dénonciation, à la plainte et à l'accusation.

Plusieurs législations modernes, inspirées par un sentiment de délicatesse et de générosité qui n'a pas toujours été compris, mais qui a cependant sa raison dans des mœurs publiques d'un haut degré de perfection, ne font plus une obligation juridique de dénoncer les coupables.

Il y a deux positions principales à cet égard : l'abstention par complicité, par intérêt, par crainte, par indifférence ou par sensibilité ; la dénonciation par haine personnelle, par amour du bien public, ou par crainte des lois.

L'abstention par complicité, si elle ne rend pas plus coupable, s'excuse par le sentiment de la conservation de soi-même, sentiment qui a donné naissance à une sorte de droit, celui de ne pas être son propre accusateur. L'abstention par intérêt, par corruption, est

[1] Pour maintenir la paix dans le royaume, il était défendu aux serfs, en Russie, sous peine du knout, de dénoncer leurs maîtres, excepté dans le cas de haute trahison. Même peine pour les enfants qui dénonceraient leurs parents, (DE REUTZ, p. 396, 3e période. XVIIe siècle.)

presque aussi coupable que le faux témoignage par subornation. L'abstention par crainte du ressentiment du coupable ou de sa famille est une faiblesse assez excusable au point de vue juridique, mais plus ou moins blâmable au point de vue moral. Il en est de même de l'abstention par indifférence. Elle est, comme la précédente, un défaut de patriotisme ou un égoïsme voisin de la lâcheté; mais ce n'est pas un délit. Quant à l'abstention par sensibilité ou par une sorte d'obligation morale, elle ne s'explique que dans les cas dont nous venons de parler. Autrement, cette sensibilité, cette humanité prétendue serait tellement déplacée, qu'elle pourrait bien mériter un autre nom.

Pour que la dénonciation fût mieux assurée, les législateurs qui en ont fait une obligation ont dû punir celui qui manquait à ce pénible devoir. Mais aussi, pour qu'elle fût plus digne de foi, lors surtout qu'ils l'encourageaient par des récompenses, ils ont dû punir sévèrement le calomniateur judiciaire. En Egypte, celui qui accusait en calomniant attirait sur sa tête la foudre qu'il voulait faire tomber sur une autre. Et cependant la loi voulait que le meurtre fût dénoncé : la flagellation sur la place publique et un jeûne de trois jours étaient réservés à celui qui n'informait pas la justice d'une mort violente qui était à sa connaissance. On devait être déclaré coupable encore lorsqu'ayant pu sauver la victime, on avait passé sans lui tendre une main secourable. Cette cruelle indifférence était punie de mort [1].

[1] Diod.

A Athènes, les dénonciations, souvent payées aux hommes libres par de l'argent, l'étaient aux esclaves par leur liberté; mais si la dénonciation était fausse, le dénonciateur était puni de mort ou de l'amende [1].

Les *indices* des Romains étaient des dénonciateurs officieux, qui se chargeaient de ce qu'on appelle chez nous la police judiciaire, mais que toutes sortes de passions étrangères à l'amour du bien public et de la justice mettaient aussi en mouvement. Nos mouchards sont des modèles de véracité et d'honnêteté en comparaison de ces misérables, qui ne cherchaient souvent qu'à compromettre les honnêtes gens et à les rançonner [2].

Mais il y avait quelque chose de malhabilement calculé au profit de la moralité publique, de l'harmonie des citoyens, à déclarer que l'accusateur aurait le tiers des biens confisqués sur l'accusé reconnu coupable. Ajoutons que c'était attirer la foudre sur la tête des citoyens riches, et mettre les pauvres tellement à l'abri du danger, qu'ils n'avaient plus guère à redouter d'être dénoncés que par la haine ou la vengeance. Ces inconvénients sont plus graves encore dans la législation chinoise. La dénonciation y est obligatoire pour tout le monde. Pour l'encourager (et elle a besoin d'être encouragée, à cause des peines qui menacent l'accusation calomnieuse), le dénonciateur reçoit, si l'accusation est assez grave pour qu'il y ait confiscation, tous les biens du condamné à titre de récompense.

[1] ANDOCID.. *Myst.*, 6, 7, 9; LYS. *contre Agorat.*

[2] Voir le tableau qu'en a tracé M. J.-J. WEISS, dans sa thèse : *De inquisitione ap. Romanos*, p. 58-82.

Le pire des systèmes en matière de dénonciations, c'est de les accueillir de mains inconnues, comme à Venise. C'est plus économique sans doute ; c'est favoriser moins la cupidité ; mais c'est encourager davantage la perfidie, l'hypocrisie, l'envie, la jalousie, la basse vengeance, et toutes les passions à la fois hostiles et lâches. Ce vice énorme fut imité de l'inquisition[1].

Le dénonciateur doit, au contraire, se faire connaître au magistrat, parce qu'il doit être confronté avec le dénoncé ou avec ceux qui lui ont révélé le délit. Cependant, comme on ne peut obliger un dénonciateur à se nommer, la prudence exige que le magistrat se défie d'une dénonciation qui n'ose s'avouer ; la même prudence veut aussi qu'elle ne soit pas réputée non avenue.

La dénonciation peut être une accusation privée. C'est une plainte lorsque le dénonciateur souffre du délit, mais qu'il ne peut ou n'ose prendre l'initiative ostensible de la poursuite. Dans toute société bien réglée, cette impuissance ou cette crainte ne doit pas exister. La plainte doit être accueillie gratuitement, et la société se faire un devoir de la poursuite, même pour les réparations civiles : il suffit de la saisir, et le pauvre le plus dénué doit en avoir les moyens. Il doit être assez efficacement protégé aussi, tant par le pouvoir social que par l'opinion publique, pour qu'il n'ait rien à redouter de sérieux à l'avenir de la part de celui qui l'a grièvement offensé et dont il a obtenu le châtiment.

[1] Cf. FAUSTIN-HÉLIE, *Traité de l'instr. crim.*, t. IV, p. 23.

Mais ce que tout dénonciateur doit appréhender, c'est d'être puni dans le cas où la dénonciation serait démontrée calomnieuse. Cette peine est particulièrement méritée lorsque la loi, le droit, le sang ne font pas un devoir de la dénonciation. Dans le cas contraire, les apparences du délit devraient suffire pour excuser péremptoirement de la calomnie judiciaire. La peine portée contre les fausses dénonciations était, en général, celle du talion.

Il y a, du reste, deux manières de dénoncer un délit, suivant qu'on n'en fait connaître que le fait, ou qu'on en assigne l'auteur présumé. La première espèce de dénonciation pourrait être utilement prescrite par les lois, et le manquement à cette obligation, puni avec une certaine rigueur. En Egypte, nous l'avons vu, celui qui ne dénonçait pas un assassinat était fouetté, et privé de nourriture pendant trois jours.

Si la dénonciation obligée porte sur les personnes, il faut au moins admettre qu'on peut la donner comme douteuse lorsqu'elle l'est en effet, et, en cas d'erreur, infliger une peine bien inférieure à ce qu'elle pourrait être si la dénonciation s'était présentée avec le caractère de la certitude. Mais alors encore il ne faut pas confondre l'impuissance de prouver avec la calomnie. Un accusé peut être acquitté faute de preuves suffisantes, faute de paraître coupable. Le talion serait donc une peine injuste en ce cas, toutes les fois que l'intention de calomnier en justice ne serait pas plus claire que le jour. Encore faut-il faire une grande part à l'ardeur irréfléchie d'un plaignant.

C'est cependant la peine généralement portée con-

tre l'accusation calomnieuse chez la plupart des peuples : en Egypte, en Judée, en Grèce, à Rome, en Chine, etc.

Autant il est juste d'exiger d'un dénonciateur qu'il donne des preuves de sa déclaration, autant il serait injuste d'obliger, avant toute enquête, celui qui est dénoncé à établir son innocence. Telle semble, cependant, avoir été chez les Juifs la position de la jeune femme accusée de n'être plus vierge au moment de son mariage [1].

Les lois de la Chine punissent la dénonciation anonyme ou pseudonyme; et si elles la prescrivent sous un vrai nom dans tous les cas où le bien public y est intéressé, elles en circonscrivent si sagement l'obligation, elles y mettent des exceptions si raisonnables, elles en articulent si prudemment la manière, qu'elles la rendent odieuse dans tous ceux à qui la nature impose silence ou que la passion peut faire parler [2].

[1] *Deuter.*, XXII, 14 et 15; SELDEN, *Uxor hebr.*, III. ch. 2.

[2] *Mém. concern. les Chinois*, t. IV, p. 157; *Code pén.*, II, p. 169-188. On peut consulter sur la *révélation obligée des crimes d'autrui*, deux excellents articles de législation comparée par M. KOENIGSWARTER, *Revue étrang. et franç. de législ.*, t. VI, p. 96 et s., 274 et s. En général, la révélation a été prescrite, et la non révélation punie. — V. aussi BENJAM. CONSTANT, *Commentaire* cité, p. 175.

CHAPITRE III

De l'Accusation et de l'Accusateur.

SOMMAIRE

1. Différence entre le dénonciateur public et l'accusateur.
2. Qualités nécessaires dans un accusateur.
3. Les lois de Crète encourageaient à l'accusation.
4. Distinction des délits en délits publics et délits privés. — Conséquences quant à l'accusation.
5. Quels délits étaient publics à Athènes. — Catégories. — Utilité de cette distinction. — Qui pouvait accuser publiquement. — Usage singulier à Athènes. — L'accusation publique devait être autorisée par les thesmothètes. — Suretés exigées de l'accusateur à Athènes. — Comment l'action publique était quelquefois éludée.
6. A Sparte, on distinguait aussi les délits en publics et en privés. — De même à Rome. — Catégories.
7. Accusation publique à Rome. — Le ministère public, mais restreint, semble y avoir été institué.
8. Serment exigé de l'accusateur et de l'accusé par les lois d'Athènes et de Rome; — imitées par la Constitution de l'empereur Frédéric II.
9. Qui pouvait accuser d'après la loi anglo-normande, et à quelles conditions.
10. Loi de Henri II d'Angleterre.
11. Ancienne législation danoise quant à la distinction des délits en publics et en privés; distinction sans conséquence quant à la procédure.
12. Lois espagnoles sur l'accusation.
13. Loi chinoise sur le même sujet. — Accusateurs anonymes, pseudonymes, connus.
14. Du ministère public chez les modernes. — Sa nécessité, son utilité. — Son origine. — Conséquence de cette institution.

Un accusateur n'est mu, du moins en apparence, que par l'intérêt public ou par quelque intérêt privé dont il a la charge d'office. Il entend poursuivre en justice le châtiment du coupable, soit en son nom, soit au nom de la société. Dans ce dernier cas, il est accusateur public suivant l'acception la plus stricte du mot. Un plaignant prétend souffrir lui-même ou par les siens du délit qu'il révèle, qu'il en indique ou non l'auteur présumé, qu'il réclame ou non des dommages-intérêts, en se portant partie civile ou en s'abstenant à cet égard.

Il y a donc cette différence entre le dénonciateur et l'accusateur public, que l'accusateur poursuit l'affaire devant les tribunaux, comme autrefois à Rome, tandis que le dénonciateur public se borne à révéler le délit et à faire connaître le coupable à celui qui veut ou qui doit se porter accusateur.

Quand l'accusation est un office public, un ministère, il est conséquent et sage que les particuliers ne puissent plus demander en justice le châtiment du coupable; ils ne sont plus accusateurs dans l'acception judiciaire du mot; ils ne le sont que dans le sens vulgaire, et ne peuvent s'adresser aux tribunaux que par l'organe de l'accusateur officiel. Ils ne peuvent donc être que dénonciateurs publics.

Il faut un certain caractère, un grand intérêt ou une forte passion pour se porter accusateur, surtout lorsque l'accusé est puissant et redoutable. Aussi, à Rome, à Athènes, les jeunes gens de cœur et de talent regardaient une accusation grave comme une excellente occasion de se montrer et d'ouvrir une carrière à leur ambition.

Le législateur crétois n'avait cependant pas pensé que l'ambition, l'amour-propre ou le patriotisme fussent des motifs suffisants pour susciter un nombre assez imposant d'accusateurs. Une partie de l'amende était destinée à récompenser ce service public[1].

Dans le principe, on ne distingua point les délits suivant qu'ils intéressent directement ou indirectement la chose publique. Si les individus se trouvaient sensiblement atteints, l'accusation et la poursuite étaient leur affaire. Si c'était la chose publique qui souffrait du délit, le magistrat était naturellement appelé à la venger, sans même qu'il y eût accusation de la part des particuliers. Cependant, comme des motifs peu respectables pouvaient porter des citoyens à se mêler d'affaires qui ne les regardaient point, et qui intéressaient beaucoup plus certaines personnes que la cité, on jugea convenable de réserver le droit d'accuser à ceux-là seuls qui pouvaient sans doute avoir des raisons suffisantes de parler, mais aussi des raisons plus fortes de se taire. Les Athéniens distinguèrent donc avec raison les affaires criminelles en publiques et en privées : tout le monde pouvait se

[1] SEXT. EMP., *adv, Rhet.*

porter accusateur dans les premières, parce que la chose publique y était intéressée; dans les secondes, celui-là seul, au contraire, qui était lésé avait le droit de se plaindre. Le meurtre et les blessures avec intention, l'incendie prémédité, l'empoisonnement, le complot contre la vie d'un citoyen, l'adultère, la débauche, le célibat, l'impiété, la lâcheté, la citation fausse, l'accusation non prouvée, la suppression d'état, étaient mis au nombre des actions publiques, quoique la plupart n'intéressent l'Etat que fort indirectement.

L'accusation pour un délit public s'appelait *catégorie.* On en distinguait de plusieurs sortes : la première et la plus générale avait pour objet le meurtre et l'incendie, le sacrilége et l'impiété, la trahison et la calomnie, quelques délits contraires aux mœurs, plusieurs autres concernant le service de terre et de mer, l'administration publique et les finances de l'Etat, les tentatives pour corrompre les juges ou les autres magistrats, l'usurpation du droit de cité par les étrangers, ou l'obtention de ce droit par des moyens de corruption.

La seconde s'appliquait à la découverte et à la poursuite des crimes cachés.

La troisième supposait une action faite ou une fonction exercée malgré la probibition de la loi.

Grâce à cette extension donnée aux délits publics, la liberté, l'honneur et la vie de chaque citoyen étaient remis à la garde de tous; le plus faible pouvait être protégé par le plus fort : si quelqu'un, disait la loi, insulte un enfant, une femme, un homme libre ou

esclave, qu'il soit permis à tout Athénien de l'attaquer en justice [1].

Le droit d'accuser dans les délits publics était sans bornes : les femmes pouvaient accuser leurs maris, les enfants leurs pères. Il suffisait d'être citoyen pour exercer un pareil droit, et si l'on ne se sentait pas assez fort, on pouvait s'adjoindre des auxiliaires, comme dans l'affaire de Socrate [2]. Les infâmes, les condamnés pour crime de calomnie ou de prévarication étaient seuls privés à Rome du droit d'accuser publiquement.

L'accusation pour un délit privé n'appartenait qu'à ceux qui étaient atteints par le délit, ou, en cas d'homicide, aux parents de la personne tuée, ou au maître si c'était une esclave, car on poursuivait la mort d'un esclave comme celle d'un homme libre.

La poursuite d'un meurtrier était obligatoire d'après les lois; mais la vengeance devait être laissée aux tribunaux, même en cas de surprise en flagrant délit d'assassinat [3].

Les proches parents, et à leur défaut, des citoyens de la même phratrie, étaient particulièrement appelés par la loi à poursuivre le meurtrier. Il n'y avait de composition admissible qu'autant que tous y consentaient.

Les lois autorisaient les parents d'un homme assassiné à faire prendre trois personnes dans l'endroit où

[1] PLUT.. *Vie de Solon.*

[2] DIOG. LAERT., *Socrate*, § 12; *Polémon*, § 3 ; — LYSIAS *contre Agorat.*

[3] ANTIPHON, *Meurtre d'Hérode*; — SIGONIUS, op cit., III, 4.

le crime avait été commis, et à les garder comme otages jusqu'à ce que le coupable eût été livré, ou que les juges eussent prononcé [1]. Etaient investis du droit de poursuivre : le frère, le fils et l'oncle du mort, ses gendres, beau-père, cousins, les enfants de tous ceux-là et les citoyens de sa curie. Le consentement unanime du père, du frère, des enfants, était nécessaire pour conclure un accommodement avec le meurtrier; l'opposition d'un seul eût suffi pour l'empêcher. A défaut de parents, dix citoyens de la curie pouvaient faire conclure cet arrangement, si toutefois le meurtre n'avait pas été prémédité [2].

On conserva longtemps l'usage de placer une lance sur le tombeau d'un homme trouvé mort, pour annoncer l'obligation où étaient les parents de venger l'attentat dont il avait été la victime [3].

Malgré la sévérité des lois contre les accusations calomnieuses, il était sage encore de la part du pouvoir public de se réserver l'autorisation de la poursuite et de la diriger. C'est ce qui se pratiquait à Athènes. L'accusateur devait être autorisé par les thesmothètes. Un de ces magistrats présidait à l'instruction et la dirigeait; il avait deux assesseurs qui l'aidaient dans cette fonction. Le thesmothète commençait par faire à l'accusateur, sur l'objet même de l'accusation, sur le coupable désigné, sur les preuves qu'il serait nécessaire de fournir, quelques courtes questions, après lesquelles il accordait l'autorisation de-

[1] DÉMOSTH. *contre Ariston.*
[2] *Id. contre Mocart.*
[3] MEURSIUS, *Them. att.*, I, 10; S. PETIT, *De legib. att.*, II, 11.

mandée et indiquait le tribunal auquel il fallait s'adresser. L'accusé était assigné à la requête du plaignant dans le cas de délit privé. Il comparaissait sur la sommation et l'ordre du magistrat dans le cas de délit public. Un acte plus étendu que la plainte dans l'action privée était présenté; cet acte appuyait, développait, justifiait la plainte. Le greffier le faisait afficher sur un tableau dans l'enceinte du tribunal. Véritable acte d'accusation, il ne pouvait rien contenir de vague et d'étranger au fait imputé [1].

L'accusateur déposait une somme en garantie de la vérité de l'accusation. Il n'en était dispensé que dans les cas où il s'agissait de la sûreté des personnes. Il devait en outre s'obliger par serment à dire la vérité. L'accusé lui-même était soumis à cette mesure. Une accusation injuste ou un faux témoignage entraînait, dans plusieurs villes de la Grèce, la peine réservée au crime qui faisait l'objet de la question. Les lois d'Athènes ne prononçaient que l'amende, excepté dans les accusations en matière religieuse. Cette facilité d'expier un faux témoignage par une amende fut souvent une occasion pour les riches de suborner des témoins et d'échapper à la justice [2].

Celui qui avait intenté l'action civile pouvait se désister et terminer l'affaire par une transaction; mais celui qui avait intenté l'action publique n'avait pas la même faculté. On se bornait quelquefois à l'action civile, quoique l'action publique fût ouverte [3]. Cela

[1] Sigonius, op. cit., III, 4.
[2] Isocrate *contre Lochites*; Démosth. *contre Mid.*
[3] Schilling, op. cit., p. 87.

devait arriver toutes les fois que l'accusateur était disposé à se laisser corrompre, et que l'accusé était en mesure de mettre cette disposition à profit.

A Sparte comme à Athènes, l'action était publique ou privée; mais la vie de communauté qu'on menait dans la première de ces républiques, la morale érigée en lois de l'Etat, rendaient les actions publiques beaucoup plus nombreuses que les autres.

En général, les intérêts et les droits de la république romaine, ceux du peuple en particulier, étaient protégés avec une susceptibilité jalouse et défiante. De là les lois de majesté, les nombreux délits qu'elles comprenaient, la sévérité excessive qui en avait dicté les peines, et la sévérité plus grande encore avec laquelle ces peines étaient appliquées. Le despotisme impérial, en se substituant à la chose publique, conserva ces lois de majesté, y ajouta même, moins rassuré qu'il était sur le respect de son existence et de ses prérogatives que le peuple ne l'avait été sur l'inviolabilité de sa toute-puissance. La trahison au dedans (*proditio*), au dehors (*perduellio*); les réunions nocturnes propres à dégénérer en sédition; les obstacles apportés à l'intervention des tribuns, à l'accomplissement des fonctions publiques quelconques; le commandement arbitraire de la force publique; l'embauchage des troupes; le renvoi intéressé des chefs ennemis pris à la guerre; la faiblesse ou le défaut de courage dans l'exercice d'une magistrature ou d'un emploi administratif; la flatterie des rois étrangers; etc., formaient une première catégorie de délits publics.

Une seconde catégorie de ces mêmes délits comprenait le péculat, le vol sacrilége, la concussion.

L'assassinat, l'empoisonnement, le parricide, le faux, l'incendie, la violence publique, le plagiat ou vol d'hommes, le monopole, l'adultère, l'inceste, le viol, étaient assimilés aux crimes publics, et réprimés par le dernier supplice, par la déportation, l'exil, etc. Nous avons vu, en traitant des diverses espèces de délits, quelles étaient en général les dispositions de la loi romaine sur chacun d'eux.

En matière d'homicide (*paris cædes*), tout le monde pouvait, comme le magistrat lui-même, en accuser l'auteur présumé devant le peuple; mais les comices avaient sagement pensé que souvent ce que tout le monde est appelé à faire ne se fait point du tout : en conséquence, ils déléguèrent des citoyens appelés *quæstores parricidii* à l'effet de rechercher et de poursuivre les crimes capitaux.

Ce n'était là qu'une conséquence d'une distinction supérieure, qu'on retrouve déjà du temps des rois : je veux parler de la distinction entre le principe et son application, entre le rôle des magistrats et celui du juge.

Avoir esquissé l'histoire de l'accusation en justice à Athènes, c'est en avoir indiqué les principaux traits à Rome. Je ne parlerai donc ni de l'*accusator* proprement dit, ni de la *divinatio*, qui décidait entre plusieurs accusateurs se présentant pour obtenir une condamnation, ni des *subscriptores* ou accusateurs

secondaires, ni des *quadruplatores* ou accusateurs publics, ainsi nommés par des raisons qui ne sont encore que des conjectures[1].

Du reste l'institution d'un accusateur officiel, même avec restriction de son ministère à des cas déterminés, institution si nécessaire chez un peuple civilisé, et par conséquent si naturelle, n'aurait été qu'un emprunt fait à la Grèce[2].

Le serment était exigé par les lois d'Athènes et de Rome non-seulement de l'accusateur, comme présomption de la vérité de son assertion, mais encore, ce qui est bien moins raisonnable, de l'accusé dans la nécessité de se parjurer ou de s'avouer coupable; situation cruelle, que les lois de la plupart des peuples modernes les plus éclairés ont sagement évitée. L'empereur Frédéric II, dans sa Constitution de la Sicile (lib. II, tit. 24), voulut que les deux parties prêtassent le serment de calomnie, et que les affaires s'expédiassent promptement. L'ordonnance de Louis XIV (1670), en était encore là[3].

La loi anglo-normande permettait à tout majeur[4] de se porter accusateur public.

Le vassal ainsi que le suzerain pouvait porter plainte quand il avait été témoin du meurtre. La femme mariée le pouvait aussi dans ce dernier cas. L'accusé avait

[1] V. sur ce point la thèse de M. J.-J. WEISS, *De inquisitione apud Romanos Ciceronis tempore*, p. 1-58 ; Paris, 1856.

[2] CIC., *De legg.*, III, 47.

[3] V. POTHIER, *Tr. de Procéd.* etc., t. II, p. 281.

[4] *Etiam rusticus.*

le choix de se justifier par une ordalie, ou de laisser prouver l'accusation par l'accusateur.

Une loi de Henri II voulait que l'accusateur donnât caution ou prêtât serment. Si l'accusé ne pouvait pas donner caution [1], on ne s'en rapportait pas à sa parole; il était provisoirement renfermé. Le jour du débat arrivé, l'affaire se décidait par le duel [2]. Malheur au vaincu. Si c'était l'accusateur, il pouvait cependant recevoir sa grâce du roi [3]; autrement, il encourait l'infamie et d'autres peines encore. Si c'était l'accusé, il subissait la peine réservée au délit qu'il était censé avoir commis; ses biens étaient en outre confisqués et ses enfants exhérédés à tout jamais.

En cas de meurtre, l'accusé ne pouvait pas même rester en liberté en donnant caution, à moins d'une autorisation spéciale du roi. Si le meurtre avait eu lieu sans témoin, nul autre que le plus proche parent du mort ne pouvait se porter accusateur. Mais quiconque était lié par le sang, la hiérarchie féodale ou servile [4], s'il avait été témoin du meurtre, pouvait se venger en justice. La femme du défunt avait le même droit sous la même condition, *quia una caro sit vir et uxor*. L'accusé, avons-nous dit, pouvait à son gré se purger par le jugement de Dieu, ou soutenir l'accusation contre la femme [5].

[1] *Si plegios nullos habet* (PHILIPPS, op. cit.)

[2] *Dies partibus præfigi solet. Qua existente essonia rite concurrunt legitima... Placitumque per duellum solet terminari.* (Ibid)

[3] *In misericordia domini regis.* (Ibid.)

[4] *Homagio vel dominio.* (PHILIPPS, op. cit.)

[5] *Probationem mulieris sustinere.* (Ibid. V. plus haut.)

La législation danoise du XI[e] au XIII[e] siècle distinguait aussi les délits en délits publics et délits privés. Mais il paraît que cette distinction servit seulement de base à la division principale des peines. Les délits publics se distinguaient eux-mêmes en deux classes, suivant qu'ils s'expiaient par l'amende, ou qu'ils étaient punis par la perte de la paix ou par des peines plus fortes. Les délits les plus considérables de la première catégorie emportaient une amende de quarante pfennings [1].

D'autres délits moins graves étaient punis d'une amende de neufs marcs.

Venaient ensuite les délits portant amende de trois marcs.

On peut croire, du reste, que si la distinction des délits en publics et en privés n'avait pas pour conséquence la poursuite officielle des premiers, certains crimes graves étaient cependant poursuivis par un magistrat public, sans qu'il fût besoin de plainte ou d'accusation privée. C'est du moins ce qui semble avoir lieu dès la fin du XVI[e] siècle [2].

La loi espagnole ne permet l'accusation qu'à ceux qui la comprennent; elle excepte même le juge, parce qu'il peut être *terrible à l'accusé.* Elle veut cependant que l'accusateur puisse effrayer le coupable. Elle veut, de plus, qu'une accusation n'ait rien de contraire à la piété et ne soit suspecte en aucune façon. En conséquence, ne peuvent accuser : la femme, excepté pour le meurtre de son mari; le mineur de quatre ans; l'homme mal famé; le parjure; le suborné; celui

[1] Le marc pfennins se distingue du marc d'argent.
[2] KOLDER., op. cit., § 155.

qui a entamé déjà deux accusations ; celui qui est dans un état de pauvreté notoire ; le complice ; le parent à l'égard du parent en ligne ascendante ou descendante ; le frère, à moins que ce ne soit pour le délit de lèse-majesté ou pour délits contre parents jusqu'au quatrième degré ; les beaux-pères, gendres ou parâtres ; celui qui est sous le coup d'une accusation, à moins que ce ne soit pour délit contre sa personne ou quelqu'un de ses parents aux degrés exprimés. Mais s'il est condamné à l'exil perpétuel, il ne peut plus accuser. Aucun juge ne peut accuser, mais il peut informer le roi des délits commis dans sa juridiction. De plusieurs accusateurs, le juge doit choisir celui qui est mû par le meilleur motif.

L'accusation doit se faire par écrit, avec les noms de l'accusateur, de l'accusé, du juge ; avec la mention du délit, du lieu, de l'année, du mois où il a été commis. Le juge doit indiquer le jour où il l'admettra, et faire prêter serment (*jurar de calumnia*) à l'accusateur. Celui qui accuse calomnieusement doit subir la peine qu'il provoquait. Sont exceptés : le tuteur d'un orphelin, celui qui accuse de faux monnayage, l'héritier qui poursuit l'accusation intentée par le testateur de son vivant contre une personne que le testateur accusait d'avoir voulu lui donner la mort (à lui testateur) ; celui qui accuse pour fait contre sa propre personne ; celui qui accuse de la mort d'un parent jusqu'au quatrième degré, enfin le conjoint pour la mort de l'autre conjoint [1].

[1] Asso y Manuel, op. cit.

En Chine, la recherche des délits est faite avec plus de zèle peut-être que de sagesse, quoiqu'il y ait des choses estimables dans cette partie. Ainsi, on ne reçoit point d'accusations anonymes, fussent-elles fondées en fait. Elles sont défendues sous peine de mort. Celui qui en trouve de semblables est condamné à recevoir quatre-vingts coups s'il les porte au magistrat ; et si le magistrat y donne suite, il reçoit lui-même cent coups. Quiconque pousse à un procès criminel en fournissant de faux renseignements est puni comme calomniateur (du talion), excepté cependant si la peine avait dû être capitale : alors il subit celle qui est immédiatement inférieure.

Mais celui qui se porte méchamment accusateur, qui intente un procès calomnieux, est quelquefois puni d'une peine supérieure à celle que l'accusé aurait dû subir s'il eût été reconnu coupable. Si on attribue à autrui un crime dont on est soi-même l'auteur, la peine est alors d'un degré inférieur à celle du talion, sans doute par égard pour l'instinct de la conservation de soi-même.

Si la loi professe le plus grand éloignement pour les délateurs qui se cachent et pour les accusateurs injustes, elle fait au contraire une obligation stricte au magistrat d'accueillir une accusation régulièrement dressée : s'il s'y refuse, il peut être condamné lui-même à quatre-vingts, à cent coups et au bannissement.

L'institution d'une magistrature chargée de rechercher les délits et de poursuivre d'office les coupables, est une des plus propres à maintenir l'ordre public, à garantir la répression des délits, et à prévenir les ini-

mitiés, qui sont la conséquence nécessaire de l'accusation privée.

Avant l'institution ou le rétablissement de cette magistrature, on était parfois obligé d'y suppléer exceptionnellement. C'est ainsi que les Assises de Jérusalem portent que « si celui qui a été tué n'a ni parents, ni amis pour poursuivre le meurtrier, c'est au roi, au seigneur ou à la dame de la terre à s'en charger »[1]. Et cependant ce ne fut guère que vers le milieu du XIVe siècle que le ministère public réapparut dans nos institutions, lorsque le roi lui-même se trouva pleinement investi de la suprématie sociale[2].

Mais avec l'autorité suprême de la royauté, avec le droit et le devoir de veiller au bon ordre général, de poursuivre les délits, commence la procédure inquisitoriale, la procédure par enquêtes[3]. Et comme le

[1] Ch. 237.

[2] A Venise, dès le XIIIe siècle, un ministère public poursuivait d'office les inculpés. (SCLOPI,S op. cit., t. II, p. 234.

[3] A l'exemple de ce qui se pratiquait dans les tribunaux ecclésiastiques, dans ceux du saint-office en particulier, où la procédure était secrète, où le témoignage de tout le monde était reçu, où l'accusateur pouvait rester inconnu à l'accusé, et où l'accusé n'avait pas de défenseur ! Si cet infâme tribunal a rendu un service à la procédure criminelle, celui d'introduire l'usage des procès-verbaux des opérations, quelle fâcheuse influence n'a-t-il pas exercée du reste ! Encore ne parlé-je pas des irrégularités de sa procédure, de son arbitraire dans l'arbitraire, encore moins de ses abominables jugements. — V. SCLOPIS, op. cit., t. II, p. 246 ; — LLORENTE, *Histoire critique de l'inquisition en Espagne* (ouvrage traduit en français ; — RODRIGUEZ BARON, *Compendio de la historia critica*, en espagn., etc., 2 v. in-18 ; Paris, 1823 ; — LÉON GALLOIS, *Hist. abrégée de l'inquis. d'Esp.*, in-18 ; Par., 1828 ; — *Le Manuel des inquisiteurs*, etc., abrégé de l'ouvrage intitulé : *Directorium inquisitorum*, etc., in-12 ; Lisbonne, 1762, etc. ; — GIANONE, *Storia civile del regno di Napoli*, t. I, p. 864, 367, 368, 559, 560 ; t. II, p. 4, 78, 86, 97, 98, 107, 114-115, 124. Il paraît que les inquisiteurs mettaient tant de zèle à trouver des coupables, qu'ils recherchaient

pouvoir, dans sa force déjà, mais encore disputé par les seigneurs, pouvait tirer un immense parti du droit d'enquête, surtout s'il était exercé sans contrôle, la procédure secrète ne tarda pas à s'établir [1], et à sa suite la torture. Les preuves par le duel furent donc interdites dès le XIV[e] siècle. Déjà saint Louis les avait proscrites de ses terres. La preuve testimoniale les avait remplacées, mais avec cette circonstance nou-

les juifs pour usure, sortilége, ce qui leur fut défendu, comme chose en dehors de leur compétence, par l'ordonnance du 21 juin 1302. On sait que les vivants ne leur suffisaient pas; ils auraient volontiers fait revivre les morts qui avaient échappé à leurs bûchers, pour les y faire mourir en règle. De là la procédure contre les cadavres. — V. sur ce sujet: WITT. HAGAN. (J.-DE.) *De cadaveribus punitorum* etc.; Maestr, 1768. — V., pour les rapports de l'inquisition au droit criminel de l'Allemagne, ROSSHIRT, op. cit., t. I, p. 232; t. III, p. 249, 256, 265, 271, 273 et s., et, pour les excès commis par ce tribunal, l'*Hist. de l'Allemagne*, an 1231-1234; pour l'inquisition en France, FLEURY, *Instit. au dr. ecclés.* t. II, c. 9; *Hist. du dr. publ. ecclés. franç.*, t. II, p. 99-112. SCLOPIS et FORTI, opp. citt, ont fait connaître l'histoire de l'inquisition en Italie. Cf. *Rev. crit. de lég.*, t. XIII, p. 450, 464; et *Annales de la philos. chrét.*, art. de A. DU BOYS, an. 1857-1858.

[1] Souvent les victimes d'un attentat n'osaient porter plainte « pour ce que fréquemment les pauvres parties excédés par gens qui sont de noble maison, ou riches et opulens, crains et redoutez, n'osent faire plaintif, ne ceux qui ont grand intérest és grands crimes et delicts n'oseraient pour les causes susdites faire aucune poursuite: ou que bien souvent après les crimes commis, les délinquans ou leurs parens pacifient, en maniere que les excédéz craignent faire plaincte en justice, et denoncer les cas et crimes: au moyen de quoi plusieurs grands et scandaleux excès et delicts, et de pernicieux exemples ont demeuré parcy devant, et sont encore impunis et inamendez, au très grand grief et préjudice de la Republique. Pour à ce obvier és grands griefs et scandaleux crimes, et de pernicieux exemples cy après déclarez en l'article subsequent, le juge royal incontinent qu'il en aura esté adverty, sans attendre plaintif ni denonciation en informera, ou fera informer de son office, et la requeste des advocat et procureur du roy au siege royal, qui seront tenus de leur part faire leur devoir de requerir et poursuyvre envers le juge ce qu'ils adviseront. » (LISET, *Practique. judic.*, fol. 4, in-12; Paris, 1603.)

velle, que les dépositions pouvaient être reçues hors de l'audience par des commissaires délégués pour les recueillir. Elles étaient entendues en secret, rédigées et envoyées au juge comme une des bases de sa décision.

Ce mode de procédure était déjà pratiqué dans les juridictions ecclésiastiques; elle avait envahi les cours d'Eglise, après avoir pris place dans le droit canon, en vertu d'une décrétale d'Innocent III. Appliquée d'abord à la conduite disciplinaire des clercs, elle devint ensuite une des principales formes judiciaires des officialités.

Du reste, l'enquêteur devait être assisté de deux *auditeurs* au moins. Les faits qu'il avait mission d'éclaircir étaient posés par la cour qui l'avait commis. Les témoins juraient de dire la vérité, Les parties, appelées à la déposition, pouvaient les reprocher, et ces reproches faisaient partie de l'instruction secrète à recueillir.

Cette information préliminaire, qui composait l'enquête écrite et secrète, fut reconnue d'abord, au moins partiellement, par une ordonnance de Louis XII, en 1498. Il y est question des procès *ordinaires*, où l'information, les débats, la sentence, tout était public; et des procès *extraordinaires*, ayant pour objet les grands crimes qui étaient déniés, et qui devaient s'instruire par enquête. La publicité des procès criminels ne fut plus à la fin du XVe siècle, qu'une affaire d'exception.

La procédure criminelle dans le droit bohémien avait un caractère inquisitorial; mais le juge n'agissait

pas d'office : il attendait qu'on lui signalât le crime ou le délit, et les frais du procès étaient consignés à l'avance [1]. L'initiative de la poursuite avait donc un caractère accusatoire. C'était une sorte de procédure mixte à cet égard.

Les polonais ont généralement préféré le système accusatoire au système inquisitorial. Jagellon, cependant (1422), promit à la nation d'établir des juges permanents qui seraient chargés de la poursuite des délits [2].

En Allemagne et dans la plapart des pays de race germanique, le système inquisitorial a prévalu jusqu'à nos jours. C'est donc d'après la manière dont il s'y pratique qu'il convient d'en esquisser les traits essentiels. Nous ne pouvons suivre en ce point un meilleur guide que Paulsen. « Aussitôt, dit-il, qu'une autorité judiciaire a eu connaissance de la perpétration d'un délit, et sans qu'il soit besoin d'une accusation privée ou publique, cette autorité procède à l'information : elle recherche les preuves de la culpabilité de l'individu incriminé ; mais son attention doit également se porter sur tout ce qui peut établir son innocence. La législation renferme des règles d'après lesquelles le juge doit procéder pour obtenir une conviction de la culpabilité du prévenu ; s'il a acquis cette conviction, il prononce un jugement de condamnation. En règle générale, le juge inférieur transmet à la cour supérieure les pièces avec un projet de jugement, et la cour rend

[1] MACIEIOWSKI, 2e pér. op. cit.
[2] *Idem*, 3e pér.

alors la décision[1]. Cette organisation, dit le même auteur, présente le grand inconvénient que le tribunal chargé de prononcer le jugement n'a vu ni l'accusé, ni les témoins; il a seulement eu sous les yeux les procès-verbaux offrant le détail des questions adressées à l'accusé et aux témoins, leurs réponses, ainsi que la description de leurs manières d'être et de leurs gestes. Le tribunal supérieur ne prend pas non plus connaissance de l'état des lieux où le crime s'est commis. » Si le tribunal supérieur n'est pas convaincu, il peut prononcer une absolution de l'instance (*absolutio ab instansia*), et la poursuite peut-être reprise plus tard[2].

Malgré les différences nombreuses qui distinguent les diverses législations pénales des Etats allemands, on peut dire en général qu'elles ont eu jusque dans ces derniers temps les défauts suivants : elles sont inquisitoriales plutôt qu'accusatoriales, c'est-à-dire que le juge peut rechercher de lui-même les délits sans y être requis par un accusateur public; l'instruction se fait secrètement par écrit; l'accusé n'est pas admis à l'audition des témoins, mais leurs dépositions lui sont communiquées; le tribunal rend sa sentence sur des procès-verbaux[3]. Ces défauts en entraînent

[1] Dans beaucoup de ressorts, notamment dans les biens nobles, le tribunal inférieur ne se compose que d'un seul magistrat, et ce tribunal remplissant déjà les fonctions d'accusateur, de juge d'instruction et de défenseur, on a cru devoir laisser à un tribunal supérieur la charge de condamner définitivement. Ce n'est que dans les cas les plus graves qu'on appelle un avocat à titre de défenseur d'office.

[2] *Rev. de dr. fr, et étr.*, t. I, p. 833 et s.

[3] V., sur ce sujet, M. MITTERMAIER, *Das deutsche Strafverfahren in der*

d'autres que l'expérience se charge de déduire aussi rigoureusement que pourrait le faire la logique la plus clairvoyante et la plus rigoureuse : les passions humaines, sans être asservies à des lois mécaniques, se déroulent cependant suivant les lois propres de leurs penchants, si ce n'est dans tous les individus, au moins dans un bon nombre d'entre eux.

Ce genre de procédure, qui a sa base dans la Constitution de Charles-Quint, laquelle s'était inspirée, avons-nous dit, de la procédure ecclésiastique, aspire surtout à ce qu'elle nomme la reine des preuves (*regina probationum*) ou l'aveu de l'accusé. De là, pour l'obtenir, des finasseries, des lenteurs, une sorte de torture morale, et comme moyen, une longue détention préventive. Lorsqu'il existait des indices graves, la Caroline permettait l'usage de la torture pour arracher l'aveu; mais ce moyen barbare est maintenant abandonné dans toute l'Allemagne. On tend à revenir à la publicité des débats et à la constitution d'un tribunal qui présente aux accusés et à la société toutes les garanties désirables.

Ces vices ne sont cependant pas essentiellement inhérents à l'initiative du pouvoir dans la recherche et la poursuite des délits. La preuve, c'est qu'en France et dans beaucoup d'autres pays, on a su réunir les avantages des deux systèmes. Il est pourtant vrai de dire que la publicité, par exemple, n'est guère sympathique au pouvoir dans les monarchies absolues ou

Fortbildung durch Gerischtsbrauch, etc., 2 vol. — FOELIX en a donné un compte-rendu dans sa *Revue*, t. IV, p. 168, 179 et suiv.

dans les oligarchies. Elles n'est assurée que dans les monarchies constitutionnelles ou dans les démocraties. Tant il est vrai que toutes les institutions particulières nous ramènent toujours aux différentes formes de gouvernement.

L'accusateur public, qui est obligé, par la nature même de ses fonctions, de rechercher les délits et de les poursuivre, mérite plus d'indulgence encore que l'accusateur privé. S'il devait redouter à chaque instant d'être puni pour son zèle, il deviendrait d'une telle circonspection qu'il serait un mauvais gardien de l'ordre public. Mais on ne voit pas pourquoi l'accusateur public serait puni moins sévèrement qu'un autre si, abusant de la confiance que la société lui accorde, il machinait une imputation sans fondement. Il y a plus : comme il est pénible et toujours préjudiciable d'être accusé injustement d'une action dont on n'est point juridiquement convaincu, et dont, par conséquent, on n'est pas censé être l'auteur, il est juste que celui qui sort à son avantage d'une accusation, et qui est réputé innocent, puisse répéter des dommages-intérêts. C'est d'ailleurs un moyen de rendre l'accusation circonspecte, indépendamment de la peine qui doit atteindre tout calomniateur public.

La sphère d'action de l'accusateur public est limitée : il ne peut prendre l'initiative qu'à l'égard des délits qui portent atteinte à l'ordre social, ou contre ceux qui violent des droits dont la protection est spécialement confiée à sa vigilance. De plus, son action est subordonnée à certaines conditions qui tendent encore à en prévenir l'arbitraire et l'injustice.

L'accusateur public ne peut pas même être utilement saisi par tout le monde indistinctement de toute affaire criminelle où l'initiative ne lui appartient pas. On comprend, en effet, qu'il y a des personnes *absolument* incapables d'un acte aussi grave, et qu'il y en a d'autres que de hautes convenances morales obligent à la patience et au silence. Celles-ci ne sont incapables que *relativement;* et encore faut-il reconnaître qu'en proclamant cette espèce d'incapacité, le législateur fait plutôt de la morale que du droit[1].

[1] MUY. DE VOUGL., p. 588-591.

Voir, sur l'accusation publique en général : BENJAM. CONSTANT, ouv. cité, p. 161, 181, 187, 192; — *Essais sur les lois*. p. 97, 134 et s.; — BIRNBAUM, op. cit., p. 153; — et sur la publicité des débats : L. HUG. FR. VON SAGEMAN, *Die Oeffentlichect des Strafverfahrens;* Heid., 1835. La question y est examinée au point de vue de la justice, de la politique et du droit public, p. 8 et s., et résolue dans le sens de la publicité à ce triple point de vue. Il fait le plus grand éloge de cet ouvrage de Pierre Ayrault : « L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Romains ont usé en accusation publique; » (Paris, 4e édit., 1610. Crit. de Rossi, p. 29.)

CHAPITRE IV

De l'accusé.

SOMMAIRE

1. L'information doit être réservée dans ses soupçons, et surtout dans ses actes.
2. Elle doit être diligente dans ses recherches.
3. Prescription de l'accusation; ses motifs.
4. Loi polonaise remarquable; — loi russe qui l'est moins.
5. Accusation dirigée contre des personnes déterminées. — De l'arrestation préventive.
6. Lois d'Egypte et d'Athènes à cet égard.
7. Ce qu'on exigeait anciennement de l'accusé.
8. Détention préventive; ses vices. — Ce qui se pratique en Chine. — Ce qui se pratiquait ailleurs au moyen âge.
9. Exemption de certaines formes de procédure ou de l'accusation : en Angleterre au moyen âge, en Espagne.
10. Accusation dirigée contre les morts : en Espagne, en France, et ailleurs. — Barbares qui n'ont pas eu ce tort.
11. Exemption tirée de la chose jugée : *non bis in idem.*
12. Exemption tirée des lettres du prince. — Abus à cet égard.

Si le délit seul est d'abord connu, et qu'il n'y ait ni plainte, ni dénonciation, ni accusation dirigée contre une personne déterminée, la recherche du coupable ne peut se fonder que sur des inductions plus ou moins fortes. De plus, le délit lui-même peut être plus ou moins grave, et son châtiment plus ou moins utile à la société. En présence de cette incertitude et de ces intérêts divers, il y a le droit des individus à respecter, leur droit de n'être point légèrement en butte à une poursuite criminelle.

Pour pouvoir diriger ouvertement des soupçons flétrissants sur quelqu'un, il faut déjà des présomptions puissantes.

Il les faut bien autrement graves encore pour priver un citoyen de sa liberté avant de savoir et pour savoir s'il est coupable. Que dirions-nous des supplices qu'on lui ferait endurer pour acquérir l'incertaine conviction de son innocence?

L'intérêt de la justice exige que la recherche des coupables soit faite avec diligence. C'est aussi celui des particuliers eux-mêmes.

La justice et l'ordre public veulent que les soupçons se fixent, qu'ils ne planent pas menaçants sur un certain nombre de personnes qu'ils peuvent facilement atteindre, mais dont une partie sont innocentes. C'est leur droit de sortir le plus promptement possible de cette fausse situation; c'est le droit de tous d'être recherchés et jugés promptement; c'est le devoir de la justice pénale. Si donc l'action de cette justice s'endort, si elle sommeille au delà d'un certain temps pendant lequel les haines ont pu s'apaiser, les alarmes cesser, les intérêts se compliquer, les moyens de preuves se périmer, l'ordre public exige que ce retour à la tranquillité, à la sécurité, au travail et aux bonnes relations sociales ne soit point troublé, et que l'inquiétude du coupable, sa fuite, ses souffrances soient réputées une peine suffisante.

De là la prescription de l'accusation, celle même des poursuites commencées, ou la péremption de l'instance. Cette prescription pourrait être acquise par un laps de temps plus ou moins considérable, suivant le

degré de gravité du délit. On a si bien senti que le temps seul portait avec lui une sorte d'expiation, que des législateurs se sont crus dans la nécessité de déterminer le temps pendant lequel un délit serait regardé comme récent, et d'affaiblir la peine au delà de cette durée.

En 1505, une loi polonaise voulut qu'un crime fût réputé récent un an et demi après sa perpétration, et puni en conséquence. Un crime qui datait de plus loin n'était pas porté au tribunal de la province, mais à celui de la justice seigneuriale du lieu, et la peine était plus douce. Un meurtre était censé récent vingt-quatre heures après qu'il avait été commis. Passé ce temps, le coupable, au lieu d'être puni de mort, n'était plus tenu qu'à une peine pécuniaire[1].

Le Code russe déclare l'accusation prescrite au bout de dix ans à dater de la perpétration du délit. Malheureusement il en excepte un acte de conscience qui, loin d'être un délit, pourrait être une obligation morale, à savoir l'abandon de la religion russe. La désertion militaire est aussi dans ce cas; mais ici le législateur était dans son droit, surtout pour la désertion à l'ennemi.

Si la plainte ou l'accusation est positivement dirigée contre des personnes déterminées, si surtout des peines sont réservées à la calomnie en matière criminelle, l'arrestation du dénoncé est moins exposée à l'erreur. Mais, dans ce cas encore, l'arrestatiou et la détention préventives seraient injustes si elles n'étaient fon-

[1] Maciejowski, 3e périod.

dées sur une grande vraisemblance, si elles n'étaient rendues nécessaires par l'impossibilité de sauvegarder autrement les droits de la société et des particuliers, dans le cas où l'arrestation ne serait pas opérée par les moyens les plus modérés, et si enfin la détention durait au delà du temps strictement nécessaire pour éclairer provisoirement la conscience du juge, comme encore si elle avait un caractère de dureté qui la fît ressembler à une peine.

En Egypte, cependant, l'arrestation du prévenu suivait généralement la plainte. La même chose se pratiquait chez les Juifs. Ce qui était bien autrement grave, c'est que le peuple avait une sorte de droit reconnu chez ces deux nations de se livrer aux derniers excès sur la personne d'un particulier prévenu d'outrage contre la religion. Cette singulière justice s'appelait le jugement de zèle.

La loi d'Athènes permettait d'amener l'accusé par force devant le magistrat. Il pouvait d'abord plaider la prescription, l'exception de la chose jugée, de la conciliation ou de la compétence. Les réponses du plaignant étaient ensuite entendues. Après le serment des parties, la cause était présentée par un magistrat particulier; un autre officier subalterne lisait toutes les pièces, et les juges en prenaient note. L'accusé qui ne se présentait pas était condamné sur le champ, sauf à demander l'annulation de ce jugement s'il se présentait dans les dix jours. Cette demande lui était accordée s'il prouvait que sa non-comparution avait été involontaire. L'affaire était alors reprise à nouveau. Le plaignant qui ne parvenait pas à établir la vérité de

ses griefs était condamné à payer le sixième de l'objet en contestation.

L'accusé n'était pas toujours mis en état d'arrestation ; il pouvait d'ordinaire échapper à l'emprisonnement en donnant des cautions qui promettaient de le représenter quand le tribunal réclamerait sa présence. Quelques crimes furent cependant exceptés de cette faculté : la haute trahison, une conspiration contre le gouvernement populaire, l'infidélité des dépositaires des revenus publics ; on devait alors mettre les accusés en prison, les fers aux pieds [1].

Nous avons vu, en parlant de l'accusateur et de l'accusation, que l'accusé avait été tenu longtemps, comme l'accusateur lui-même, d'affirmer son innocence par serment, de promettre également par caution de ne pas se soustraire à l'action de la justice. Nous avons remarqué à ce sujet, excepté pour la liberté provisoire sous caution, que la mesure était peu morale, peu religieuse, pouvions-nous dire encore. Nous ajoutons qu'elle présentait peu de garantie, du moins en ce qui touche le serment d'innocence. Les Codes modernes ont donc fait sagement d'écarter ce serment.

Quant à la détention préventive, nous aurions des leçons à recevoir de peuples que nous réputons barbares. Les vices attachés chez nous à cette mesure sont de trois sortes : ils consistent à emprisonner souvent un prévenu, un simple accusé sans nécessité ; à faire de cette prison, non pas un moyen de sûreté,

[1] XÉNOPH., *Hellén.*, I, 450 ; DÉMOSTH. *contre Timocr.*; LYSIAS *contre Philon* ; DINOBE. *contre Ariston.*

comme cela devrait être, mais un lieu de peine, quoique la culpabilité ne soit pas établie, sans, du reste, que cette peine compte en déduction de celle qui pourrait être méritée ; enfin, à ne pas abréger assez ce temps de prévention.

Les accusés ne sont coupables, aux yeux de la loi chinoise, que lorsqu'ils sont condamnés par la publicité de leurs crimes ou par l'arrêt du juge. La détention préventive n'a donc pas en Chine de caractère pénal. La loi charge le magistrat d'y respecter le rang, l'âge et le sexe ; d'y compatir à la vieillesse et aux maladies; d'y adoucir les chaleurs de l'été et les rigueurs de l'hiver ; de permettre enfin, à la piété filiale et à l'amitié d'y porter les consolations et les adoucissements qui peuvent en diminuer la gêne [1].

Pourquoi nos juges d'instruction et autres agents de la justice ne répondraient-ils pas à l'accusé de leurs actes arbitraires ou de leur négligence? Pourquoi le public n'aurait-il pas la faculté d'assister à cette première opération judiciaire, surtout si le jury d'accusation n'était pas admis ? Il y aurait dans cette publicité une garantie de promptitude. Je ne sais plus chez quel peuple du Nord il était reçu, au moyen âge, que pour ne pas laisser traîner une affaire en longueur, l'accusé avait le droit de presser l'accusateur de terminer un procès commencé. L'accusateur répondait à l'accusé des lenteurs dont il pourrait être cause [2].

C'est une maxime du droit espagnol, et l'on pour-

[1] *Mém. concern. les Chinois*, t. IV. p. 157.
[2] MACIEIOWSKI, 2e période, t. II, p. 86.

rait dire du droit universel, que ceux-là seuls peuvent être accusés qui peuvent délinquer à être punis. Mais il n'est pas sans intérêt de voir comment cette maxime a été entendue. Suivant une loi de Henri II, roi d'Angleterre, on pouvait bien encore être accusé à soixante ans et au delà, comme aussi dans le cas où l'on avait un membre cassé [1] ou des blessures graves; mais on n'était pas tenu de soutenir le procès en duel; on pouvait se justifier par le jugement de Dieu, c'est-à-dire par le fer chaud si l'on était homme libre, ou par l'eau si l'on était *rusticus* [2].

D'après une ancienne loi espagnole, ne peuvent être accusés : les morts, si ce n'est pour crime de lèse-majesté (*contra el publico*), pour hérésie ou pour abus d'emploi des deniers royaux (*por haber malversado los candales reales*). Peut être accusé après la mort le juge qui a offensé (*agraviado*) la partie qui accuse, le larron sacrilége et la femme qui a menacé de mort son mari, parce que les coupables de cette espèce doivent souffrir dans leurs biens la peine qu'ils n'ont pas soufferte dans leurs corps. Ne peuvent être accusés les mineurs de quatorze ans, excepté pour meurtre (*sangre*), homicide, vol et autres délits semblables, depuis dix ans et demi, auxquels cas la peine doit être adoucie; le furieux, le fou, les *justizias*, tant que dure leur emploi, excepté pour délit commis en raison de cet emploi. On ne peut être accusé une seconde fois pour le délit dont on a été absous, à moins qu'il ne soit

[1] Et même un os quelconque, *ossis cujuslibet fractura.*
[2] PHILIPPS, op. cit.

prouvé qu'il y a eu fraude dans la première accusation, ou que si la première accusation a été intentée par un étranger, la seconde ne le soit par un parent qui prouve qu'il avait ignoré la première [1].

Nous aurions plus d'une observation à faire sur ces dispositions. Nous nous bornerons à remarquer que la poursuite qui ne s'arrête pas en face de la mort est infiniment peu chrétienne; qu'elle est absurde si elle ne peut atteindre qu'une mémoire insensible; injuste si elle doit frapper des innocents dans les biens à eux laissés par le défunt; injuste en tout cas, puisque l'accusé ne peut être entendu. Les Barbares avaient eu cette fois plus de religion, d'humanité et de justice que la dévote Espagne, lorsqu'ils avaient décidé que la mémoire de l'accusé qui mourait avant de s'être justifié serait laissée en repos si ses parents juraient de son innocence sur sa tombe [2]. Toutefois, il est juste de remarquer que cette législation n'était pas particulière à l'Espagne; en général, le délit ne s'éteignait par la mort du coupable qu'autant qu'il ne s'agissait ni de duel, ni d'homicide de soi-même, ni de crime de lèse-majesté, ni de rébellion à force ouverte. Ces exceptions étaient d'autant plus déraisonnables que les deux premiers cas appartiennent beaucoup plus à la morale qu'au droit [3].

L'accusé peut justement opposer aussi la chose jugée définitivement en sa faveur, exception qui revient à la maxime *non bis in idem*. Peu importe que de

[1] Asso y Manuel, op. cit.
[2] Grimm, p. 262.
[3] V. Pothier, *Procéd. crim.*, p. 402 et s., éd, 1178.

nouveaux accusateurs se présentent, ou que la partie publique n'ait pas été adjointe au premier procès : l'identité de la cause doit être prise de celle du délit; et si des erreurs ont été commises d'abord au profit de l'accusé, il doit en recueillir le bénéfice, comme il aurait supporté le préjudice d'une condamnation contraire. Toutefois, si de nouveaux faits propres à mettre en lumière la culpabilité ou l'innocence d'un ancien accusé qui aurait été absous ou condamné venaient à être découverts, les dommages-intérêts, dans le premier cas, ne laisseraient pas d'être dus à la partie civile, et la libération de toute peine dans le second. Il y a plus, la société devrait, autant que possible, réparer les erreurs de la justice rendue en son nom et par ses organes.

Mais la maxime *non bis in idem* ne serait plus applicable si le juge criminel avait été induit en erreur par le fait de l'accusé, par exemple, si cet accusé avait corrompu des témoins ou le juge lui-même ; question préjudicielle qu'il faudrait d'abord faire résoudre judiciairement.

Les lettres du prince pouvaient également prévenir une sentence criminelle et relever d'une prescription dans le cas de contumace. On distinguait, du reste, différentes espèces de lettres, les cas particuliers où elles avaient lieu, ceux qui n'en étaient pas susceptibles; les conditions nécessaires pour les obtenir, la qualité des juges auxquels elles devaient être adressées, enfin la manière de procéder à leur entérinement[1].

[1] V. POTHIER, op. cit., 410 et s.

Ces lettres sont une nouvelle preuve de l'intervention du roi dans l'administration de la justice criminelle, mais elles étaient un abus de pouvoir quand elles allaient jusqu'à relever un accusé de l'action civile.



LIVRE III

DE L'INSTRUCTION CRIMINELLE. — OPÉRATIONS QUI LA CONSTITUENT

CHAPITRE PREMIER

Constatation du délit.

SOMMAIRE

1. Première opération de la procédure criminelle.
2. Si le juge peut s'abstenir d'informer, et à quelles conditions. — Loi espagnole.
3. Précautions à prendre dans la constatation des délits.
4. Inconvénient à ce qu'elles soient prescrites par la loi. — Préjugé encore répandu parmi nous. — Loi russe.

Le magistrat informé par la plainte, par la dénonciation ou saisi par l'accusation de l'existence d'un délit, doit naturellement s'assurer avant tout de l'existence, de la nature et de la gravité de ce délit, en rechercher l'auteur, le faire comparaître devant lui malgré les abus et les obstacles qu'il peut rencontrer, s'assurer de sa culpabilité, et enfin le renvoyer de la plainte ou le déclarer soit coupable, soit suffisamment chargé pour qu'il ait à se justifier solennellement devant le tribunal entier et en présence du public, ou devant un tribunal supérieur.

On sent fort bien que ces dernières opérations n'ont rien de nécessaire, qu'elles varient suivant l'organi-

sation des tribunaux criminels, suivant la gravité des délits, et que le juge qui instruit l'affaire peut avoir mission de la loi de prononcer une sentence définitive d'absolution ou de condamnation, soit seul, soit réuni au reste du tribunal dont il est membre ; comme aussi de renvoyer le prévenu, surtout en matière grave, à un tribunal différent ou supérieur, qui lui-même peut déléguer quelques-uns de ses membres à l'effet d'examiner si l'affaire doit être poussée plus loin, si elle doit subir l'épreuve solennelle des débats criminels, ou si le prévenu doit être renvoyé. Ces délégués seuls, ou réunis au reste du tribunal supérieur, pourraient évidemment prononcer à huis-clos ou en public une sentence de condamnation définitive. S'ils ne le font pas, eux non plus, c'est qu'on a voulu multiplier les épreuves, voir et revoir l'affaire, afin de ne pas s'exposer à condamner légèrement un citoyen. Ces lenteurs scrupuleuses révèlent un profond respect pour la justice, et sont une garantie qu'elle sera sagement rendue. Mais elles n'existent que chez les peuples civilisés.

Quelque bien choisis que puissent être les juges, il faut, dans l'intérêt de la justice et de l'ordre, qu'ils aient une marche tracée pour chaque opération, une manière régulière et uniforme de procéder dont ils ne puissent pas s'écarter. Ces formes sont des garanties très précieuses, qui doivent réunir la simplicité à la prudence. Elles ont pour but la découverte de la vérité : elles doivent marcher à cette découverte sans détour, avec méthode et fermeté, mais aussi avec un esprit de discernement et de critique tel que si l'investigation

d'ailleurs conduite avec toute la sagesse possible, n'aboutit à rien de certain, elle sache reconnaître et proclamer l'incertitude même de ses résultats, par conséquent la nécessité morale de ne point s'exposer à frapper un innocent.

La loi espagnole veut que la plainte ait un objet déterminé pour que le juge soit obligé d'agir. De cette façon, il lui est toujours possible de constater le corps du délit. Personne, suivant la même loi, ne peut refuser d'être enquêteur (*pesquisidor*), si ce n'est pour cause de maladie, inimitié ou procès. Mais s'il ne s'agit que de constater un fait dont l'auteur est encore inconnu, ces deux derniers motifs ne sont plus recevables. L'enquêteur espagnol est un vrai juge d'instruction, un juge du fait, et non pas un simple témoin appelé pour constater ce fait. Mais il y a cela de remarquable que c'est un juge populaire ou qui peut l'être, puisque personne n'en peut refuser les fonctions. Il est puni du talion s'il n'agit pas loyalement[1].

Dans la constatation des délits, il y a des précautions toutes naturelles à prendre, mais qui, si elles sont

[1] Celui qui est pesquisidor contre un corrégidor ne peut être corrégidor dans le même lieu qu'un an après. Le roi, ou son conseil en son nom, peut nommer le pesquisidor ou sur l'instance de la partie, ou de sa propre autorité. Le pesquisidor doit : 1° prêter serment; 2° partir dans les trois jours; 3° aller aux frais de la partie poursuivante, 4° ne faire qu'un procès, les délinquants fussent-ils plusieurs; 5° sa mission accomplie, donner communication de sa sentence aux juges ordinaires ou de résidence, en ce qui concerne les absents de leur juridiction; 6° aucun juge commissionné ne peut condamner un grand sans consulter le Conseil; 7° il doit rendre compte de sa mission dans les vingt jours; le greffier qui l'accompagne doit transmettre le procès dans un délai de deux mois au greffier du Conseil, sous peine de trois mille maravédis d'amende et d'un an de suspension.

prescrites par les lois, doivent être entendues sainement. Le peuple se persuade souvent, parce que la prudence exige qu'on laisse les personnes et les choses en l'état où elles se trouvent, qu'il ne peut, sans s'exposer à une poursuite grave, couper la corde d'un pendu pour peu qu'il reste d'espoir de le sauver, comme si la justice, qui a pour but de punir le meurtre, pouvait faire un crime à quelqu'un d'avoir voulu sauver la vie à un homme. Ce préjugé fâcheux vient de nos lois anciennes, qui défendaient de toucher à un cadavre avant que le genre de mort eût été constaté. Il prouve qu'il y a des choses, d'ailleurs bonnes en soi, qu'il est cependant mieux de ne pas prescrire, au moins d'une manière comminatoire, parce qu'il y a plus à craindre de l'interprétation abusive de la prescription qu'à espérer de sa saine intelligence. La loi russe a conservé la mesure prohibitive dont nous parlons, mesure qui, dans un pays où l'on s'en tient volontiers à la lettre de la loi, de peur d'encourir une peine en s'élevant à son esprit, expose les malheureux sur le point d'expirer à périr délaissés, par la crainte qu'une main homicide n'essaie de déguiser ou de faire disparaître les traces du crime. La loi égyptienne, qui punissait celui qui laissait mourir un homme sans lui porter secours, était déjà préférable.

La première opération de la procédure criminelle proprement dite est évidemment de s'assurer si le délit existe réellement; quelle en est la nature et la gravité; ce qui exige qu'on tienne compte des circonstances. On constate ainsi le corps du délit.

Une plainte, une dénonciation peut être menson-

gère; mais le magistrat qui est préposé pour la recevoir ne doit pas le supposer légèrement, surtout s'il y a des peines portées contre les dénonciations sans fondement.

La loi pourrait obliger le juge à s'assurer toujours de la vérité ou de la fausseté du fait dénoncé. Le législateur espagnol, entre autres, lui accorde cependant la faculté de ne pas donner suite à la plainte non prouvée, s'il la croit faite dans un esprit de méchanceté. Dans tout autre cas, il est obligé d'agir, et le plaignant ou le dénonciateur n'est pas tenu de prouver d'abord son dire [1]. Souvent, en effet, il ne le pourrait pas, ou les lenteurs que cette preuve entraînerait seraient un grand obstacle à la constatation du délit. Mais c'est laisser au juge une grande latitude que de lui permettre de s'abstenir toutes les fois qu'une plainte non prouvée lui semble émaner de la malveillance seule ; car il peut très bien arriver que la malveillance soit évidente, et que le délit ne soit pas moins réel.

[1] Asso y Manuel, op. cit.

CHAPITRE II

Recherche du coupable. — Citation.

SOMMAIRE

1. Moyens ordinaires de découvrir l'auteur d'un délit; — moyens extraordinaires, — monitoires. — Abus.
2. Citation à Rome; garanties en faveur de la liberté individuelle.
3. L'inculpé était prévenu. — Comment il était cité.
4. Citation sous les rois francs.
5. Délais multipliés; ce qu'ils prouvent.
6. Citation chez les Slaves.
7. Formalités et précautions particulières exigées par l'inégalité légale des conditions. — Abus qui résultaient de cette inégalité : impunité ou guerres privées.
8. Usages qu'elle a fait naître en Pologne, en Masovie, en Bohême.
9. Usage particulier de ce dernier pays, surtout dans les délits à l'occasion des propriétés immobilières.
10. Délais de comparution en Danemark au moyen âge.
11. En Espagne aujourd'hui.
12. Autres lois modernes sur ce point. — Inutile de les rappeler. — Leur supériorité.

Après avoir constaté le délit, il faut en rechercher l'auteur. S'il est signalé par des témoins oculaires, par la rumeur publique, l'information est naturellement dirigée dans ses investigations. Autrement, elle est obligée de se rattacher aux circonstances, d'en induire des présomptions plus ou moins vraisemblables, de quêter les renseignements dont elle peut avoir besoin. Autrefois même elle appelait l'Eglise à son secours, et, par la bouche de l'évêque, faisait un cas de conscience aux fidèles de dénoncer le coupable, à peine d'ex-

communication. Mais cette pratique, qui avait ses dangers, eut aussi ses abus, et Charles IX, par son ordonnance d'Orléans (1560), restreint l'usage des monitoires, défend d'en donner, à moins de scandale et de crime public.

A Rome, nul ne pouvait être traduit devant les tribunaux permanents qu'en vertu d'une loi, d'un plébiscite, ou d'un sénatus-consulte approuvé par les tribuns. C'était là une grande garantie pour tout le monde, mais surtout pour les faibles, pour les hommes du peuple.

Une déclaration solennelle du magistrat qu'il avait l'intention d'accuser telle personne, tel jour, de tel délit, constituait la prévention. Il ordonnait au prévenu de comparaître; et pour assurer l'efficacité de cette mesure, on mettait le prévenu en prison, à moins que quelqu'un ne garantît sa comparution. Au jour désigné, le magistrat ordonnait qu'un héraut, du haut de la tribune, sommât l'accusé de comparaître. Cette sommation avait lieu devant la porte du prévenu et du haut du Capitole. S'il ne se présentait pas, et cela sans motif valable, il était condamné. Mais s'il était retenu par une maladie ou par d'autres causes graves, par exemple, s'il était occupé aux funérailles d'un parent, on le déclarait excusé, et l'on remettait le jour du jugement. Si le prévenu comparaissait, les débats avaient lieu immédiatement [1].

Sous les rois francs, on sommait l'inculpé, jusqu'à quatre reprises différentes, de comparaître devant le

[1] ADAM, *Antiq. rom.* — V. aussi DES ESSARTS.

comte. On lui donnait huit jours, ou plutôt huit nuits (les délais se comptaient par nuits) à la première sommation, quatorze à la seconde, vingt et une à la troisième, et quarante-deux à la quatrième. Si au bout de ce temps, il ne comparaissait pas, sa propriété était saisie. Ce n'était même qu'au bout de l'année que l'on demandait au roi de prononcer telle peine qu'il jugerait convenable contre le contumace [1].

D'après la loi salique, l'assignation était donnée avec témoins, d'abord à huitaine, puis à quatorze jours [2]. A la seconde assignation, le nombre des témoins devait être augmenté de trois. Si l'inculpé ne comparaissait pas le quatorzième jour avant le coucher du soleil, le roi confisquait tous ses biens, et quiconque après cela lui donnait du pain ou le recevait sous son toît, fût-ce sa femme elle-même, payait une amende de six cents deniers [3].

Tous ces délais prouvent deux choses: la première, qu'il était difficile parfois de faire connaître à l'inculpé ou au prévenu la citation qui le concernait; la seconde, que le droit de défense était déjà très respecté à cette époque dans les législations du Nord, où la liberté personnelle semble avoir eu plus de prix que partout ailleurs, surtout chez les peuples de race germanique. Aussi, chez les Allemands, allait-on jusqu'à sept citations données en vain, avant de juger un absent. Chez

[1] *Carol. Magn. Capit. ad leg. Rip.*, an. 803.

[2] PARDESSUS, *Loi salique*. D'autres disent quarante jours.— V. LEHUEROU. Peut-être faut-il distinguer ici deux assignations provisoires et deux assignations définitives.

[3] V. LEHUEROU, p. 379, *Leg. sal.*, tit. 59; *Loi des Allemands* sur les Assises, tit. 37.

les Hongrois, le procès devait avoir lieu dans l'année simplement[1].

Dans l'origine, les Slaves admettaient le principe raisonnable qu'on peut citer tout le monde devant les tribunaux, et que personne ne peut être jugé sans avoir été entendu, excepté s'il fait défaut volontairement. En Pologne, du temps de Boleslas Ier, un pauvre paysan, une pauvre femme pouvait faire comparaître un grand seigneur devant le roi. Même chose se rencontrait chez les Russes et les Serbes. Il n'y eut d'exception que depuis que les monarques slaves eurent permis à des particuliers d'avoir une juridiction propre. La citation en justice était orale. Il paraît que chez les vieux Slaves, comme chez les Romains, le plaignant lui-même, sans témoins, faisait la citation[2].

La citation devait être une formalité délicate à remplir dans les temps et les pays où l'égalité devant la loi était peu connue ou peu respectée, surtout aux époques où elle n'émanait pas encore de l'autorité judiciaire, mais bien des plaignants. Si dans les temps où la justice se rendait déjà au nom du roi, et d'un roi aussi absolu que Louis XIV, les officiers subalternes qui étaient chargés de présenter la citation étaient exposés à mille outrages dont le souvenir est encore vivant dans nos campagnes, que d'abus, que d'injustices de ce genre n'ont pas dû avoir lieu lorsque les particuliers devaient seuls requérir la comparution en justice, présenter cette requête en personne, et au

[1] Maciejowski, 2e périod.
[2] *Ibid.*, t. II, p. 58, 72.

besoin, traîner l'accusé devant le juge! Aussi, l'impunité des grands envers les petits, et la guerre de puissant à puissant, avaient-elles pris la place de la justice. Les législateurs ont dû chercher à prévenir ces déplorables conséquences d'une société mal organisée. Ces tentatives sont très sensibles dans le droit slave.

Dans la Grande-Pologne, tout le monde, sans exception, était cité par écrit devant le tribunal ordinaire. Devant le tribunal de la *Wieca* (tribunal d'exception), l'officier de justice citait oralement et partout où il rencontrait l'accusé. Si la citation avait lieu devant un autre tribunal, il ne pouvait pas entrer dans la maison d'un seigneur; il était obligé de lui faire passer sa citation écrite par la main de l'intendant de ce seigneur, par celle du principal magistrat de la localité. Dans la Petite-Pologne, on ne citait par écrit devant les tribunaux inférieurs que les seigneurs et les nobles (les barons et les militaires); encore le juge pouvait-il les citer, même par ses domestiques, devant ces mêmes tribunaux, s'ils étaient accusés d'un délit. L'huissier polonais s'arrêtait à la porte de l'accusé, y frappait avec la canne, qui était le symbole de sa fonction; il appelait tout haut l'accusé par son nom, lui exposait brièvement le contenu de la citation, et la remettait ensuite par écrit. Cette citation ne pouvait avoir lieu que sur l'ordre exprès du juge, et à la demande du plaignant, de ses proches et de ses amis; autrement, l'huissier était puni d'une forte peine. Le juge ne devait faire assigner qu'autant qu'une plainte lui était adressée, et qu'il était persuadé du bon droit du plaignant. Le Statut de la Petite-Pologne indiquait les cas dans

lesquels il ne devait pas permettre l'assignation. Si l'accusé ne comparaissait pas après deux citations, il était puni ; à la troisième, il était condamné définitivement. Une forte peine était prononcée contre le noble ; une légère, contre le censitaire ou le domicilié non noble, le vilain [1].

Avant la fin du XIV[e] siècle (avant 1390), en Masovie comme en Bohême, si un noble tuait un autre noble, le plaignant, par l'intermédiaire d'un officier de justice, l'appelait trois fois par son nom sur la place publique, et lui enjoignait de se présenter en justice. S'il ne se présentait pas à la troisième sommation, il était obligé de quitter le pays pendant une année et six semaines, et de payer une condamnation comme s'il ne s'était pas défendu. Il était donc jugé comme contumace. Si le prince l'appelait devant son tribunal et qu'il ne parût pas, ses biens étaient confisqués. L'offensé les retenait ou pour toujours, ou jusqu'à ce qu'il en eût prélevé en revenus l'équivalent de l'indemnité qui lui était due. Les parents pouvaient les dégager.

Celui qui était cité pour un délit devait paraître en personne ; le Statut de Casimir dit expressément (p. 43) que le père ne comparaît pas pour le fils, ni le fils pour le père, ni le frère pour le frère, ni le serviteur pour le maître, ni le maître pour le serviteur. Les complices (*Gehilfen*) sont responsables solidairement avec l'auteur du délit. Quant à la plainte, elle pouvait être portée devant le tribunal ou par l'offensé, ou par ses proches, mais non par d'autres. Cette me-

[1] MACIEIOWSKI, 2[e] périod., p. 74, 75.

sure était commune au droit polonais et au droit bohémien. Dans la Poméranie, les chevaliers de l'ordre de la Croix ne comparaissaient en justice que par procureur; mais le Pape voulut qu'il en fût autrement. Chez les Hongrois, la coutume était de permettre à l'accusé de comparaître par procureur, tandis que le plaignant devait comparaître en personne[1].

Les Bohêmes avaient une manière de citer en justice qui était très compliquée et qui s'éloignait fort de celle des Allemands. Celui qui voulait citer par écrit devait tout d'abord s'adresser à un greffier, puis à l'ancien officier de justice (*an den alten Komornik*), d'où il passait chez l'huissier (*Geritchtsdiener*) qui donnait la citation. Cet huissier, ou komornik, devait anciennement avoir un sceau pour l'apposition duquel il était tenu à payer une certaine somme au greffier du tribunal de la province. Lorsque l'accusation était marquée de ce sceau, le plaignant devait déposer sa plainte par écrit aux archives du pays, prendre un avocat, et procéder suivant l'instruction reçue. L'accusé devait faire la même chose et obtenir avant tout le *visa* du greffier qui avait été chargé de rédiger la plainte déposée entre ses mains, et qui devait remplir toutes les formalités juridiques et tranquilliser les parties. Il délivrait à l'accusé une copie certifiée exacte de la plainte.

Le komornik ne citait pas seulement les personnes qui habitaient dans le ressort du tribunal, mais encore celles qui pouvaient résider ailleurs; son collègue d'un autre ressort lui prêtait ainsi son ministère.

[1] MACIEIOWSKI, 2e périod., p. 76, 77.

Lorsque la femme citée n'était pas à la maison, le komornik l'y cherchait partout, lors particulièrement qu'il était persuadé qu'il ne la trouverait pas. On ne devait mettre aucun obstacle à ses investigations. Il va sans dire que si la femme ne se trouvait pas à la maison dans le moment même où elle y était cherchée, ce n'était pas une preuve qu'elle n'y fût pas.

Celui qui n'avait pas de domicile fixe était ordinairement assigné la première fois sur le marché, la seconde sur la propriété où il se trouvait habituellement, la troisième dans les petites villes les plus rapprochées [1].

Les formalités de la citation étaient différentes lorsqu'il s'agissait de délits à l'occasion des propriétés immobilières. Il fallait alors se transporter sur le fonds, y procéder suivant des formes prescrites. Les formes différaient encore selon qu'il s'agissait du pétitoire, du possessoire, ou de dégâts. En cas de dommages causés, le plaignant conduisait un officier de justice sur le fonds, où l'inculpé devait se rendre également. Pour être plus libres de leurs mouvements, les parties devaient ôter leurs vêtements les plus lourds, par exemple le manteau, et se rendre sur le champ à pied. S'ils ne le faisaient pas, l'agent de justice ou komornik les dépouillait lui-même à son profit. Le plaignant faisait voir le lieu et la nature du dommage; il montrait son blé foulé, ses fruits abattus, ses arbres coupés, etc. Il indiquait par signes comment la chose s'était passée; l'inculpé montrait à

[1] Maciejowski, 2e périod., p. 78, 79, 80, 82.

son tour de la même manière qu'il n'en avait rien fait. Ensuite, pour mieux confirmer leur dire, ils se surenchérissaient dans la fixation de la peine due au coupable s'il ne se justifiait pas ; et cette peine ne profitait pas à la partie gagnante, mais aux fonctionnaires publics. Le plaignant commençait, et promettait trois cents deniers s'il perdait. Son adversaire faisait de même. Ils continuaient à élever la somme de trois cents deniers chaque fois, jusqu'à neuf cents. Arrivés en trois fois à ce chiffre, et comme fatigués de cette surenchère, ils prenaient du papier et s'obligeaient en faveur des fonctionnaires à céder tous leurs biens en cas de condamnation. Dans les cas de peu d'importance, l'affaire se terminait par un avertissement. Celui qui avait souffert du fait de son voisin appelait un komornik, qui ordonnait à ce voisin de réparer le préjudice occasionné [1].

Cette procédure singulière n'avait certainement pas été imaginée par les plaideurs. Mais tout inique qu'elle était, il faut convenir qu'elle avait cela de bon qu'elle pouvait prévenir les procès et donner une idée peu avantageuse de la justice humaine.

Beaucoup de personnes pouvaient être mal à propos inquiétées par des citations dépourvues de présomptions suffisantes. Pour prévenir un pareil désagrément et le préjudice même qui pouvait résulter d'une telle mesure, Waldemar II, roi de Danemark (1202-1241), ordonna que dans le cas où le meurtrier serait inconnu, on ne pourrait pas inculper successivement

[1] Macieiowski, 2e périod., p. 108 et 109.

plus de trois personnes, ni en appeler plus de dix à se justifier par le fer rouge [1].

La citation devait être donnée à deux jours de délai lorsque l'affaire devait être portée devant le landsting; si la comparution devait avoir lieu devant l'herred, un jour suffisait. Si l'inculpé ne demeurait pas dans la province, mais en quelque autre lieu du royaume, il avait six semaines pour comparaître ; s'il habitait hors du royaume, un an et un jour. S'il ne comparaissait pas, on l'ajournait au second, au troisième jour, et chaque fois la citation était répétée. S'il ne justifiait pas d'un empêchement (*forfald*), il était condamné chaque fois à deux *œre* d'amende au profit du plaignant. S'il ne paraissait pas la troisième fois, il payait au roi trois marcs. Enfin, s'il ne comparaissait pas à un quatrième appel, le jugement était prononcé. Mais si l'accusé paraissait ensuite et prouvait que les citations n'avaient pas été faites en règle, l'affaire était définitivement jugée le cinquième jour [2].

Dans la troisième période du droit danois, c'est-à-dire de 1220 à 1522, les délais de comparution étaient en général, pour le Jutland, de cinq jours quand le cité était dans le district (*herred*). S'il était hors de cette circonscription, quatorze jours; hors de la province, un mois. Celui qui n'avait point de domicile était cité devant le tribunal du pays (*placitum generale*). Nul ne pouvait être distrait de ses juges naturels.

[1] *L. de Schon.*, V. 38; KOLDERUP, 2e pér.
[2] KOLDERUP, 2e période, § 72, p. 139.

Quand l'accusé ne paraissait pas le quatrième jour, le jugement définitif était prononcé [1].

En Espagne, l'accusation est déposée entre les mains du juge compétent, qui doit assigner ensuite l'inculpé dans les vingt jours, en lui communiquant l'accusation. Si l'accusateur ne paraît pas dans ce délai, le juge peut l'assigner ; faute par lui de venir, l'accusé est absous, et l'accusateur condamné aux frais et dommages-intérêts, à une amende de cinq livres d'or pour la chambre, et à l'infamie. On peut abandonner l'accusation avec l'autorisation du juge dans un délai de trente jours, et en tout temps quand il est reconnu qu'il n'y a point eu de mauvaise foi dans l'accusation [2] ; en tout cas encore, avant la sentence, dans les causes criminelles qui entraînent peine corporelle, excepté dans une affaire d'adultère [3], précisément le cas où la justice devrait, au contraire, laisser le plus de liberté aux parties !

Je m'abstiens, ici comme ailleurs, de parler des dispositions de nos lois modernes ; elles sont suffisamment connues. Elles se contentent en général de donner au prévenu le temps nécessaire pour comparaître, et au besoin autorisent le juge à s'assurer immédiatement de sa personne. La justice se montre tout à la fois plus prudente, plus ferme, plus éclairée et plus pure.

[1] KOLDERUP, 2e période., § 119, p. 250.
[2] ASSO Y MANUEL.
[3] Note de Palacios.

CHAPITRE III

De la contumace.

SOMMAIRE

1. L'inculpé peut méconnaître les injonctions de la justice.
2. Questions qui se présentent à ce sujet.
3. Observations.
4. Usage presque universel de deux partis bons à prendre.
5. Ce qui se pratiquait à Athènes, à Rome.
6. Etablissement de saint Louis sur ce sujet ; — Coutume de Bourgogne ; — Législation espagnole.
7. Coutumes bien différentes en Masovie.
8. Des circonstances contraires amènent des lois différentes.

L'inculpé peut méconnaître les ordres de la justice au point non-seulement de ne pas s'y rendre, mais encore de résister par la force ou de s'y soustraire par la fuite. Il y est d'autant plus intéressé que le délit est plus grave et la peine plus forte. De là, pour le juge, la nécessité et le droit de procéder immédiatement à l'arrestation. Mais les cas où un citoyen doit être ainsi privé de sa liberté avant tout jugement doivent être déterminés par la loi. Les agents de la force publique, autorisés à cet effet, peuvent seuls procéder à cet acte ; autrement la liberté individuelle serait compromise et les collisions imminentes.

Mais que faire si les investigations de la justice sont vaines, si l'inculpé ne peut être trouvé et arrêté, s'il est en pays étranger et qu'il n'y ait pas de droit d'extradition à exercer ? Sera-t-il également mis en accu-

sation? Comment le procès sera-t-il conduit? Quelle sera la sentence? Pourra-t-elle lui être favorable, malgré son mépris des lois et de la justice? Si elle lui est contraire, n'aura-t-il pas été condamné sans avoir été entendu? Sera-t-il admis à purger sa contumace? sera-ce indéfiniment ou dans un temps limité? Quelle sera la valeur de la sentence provisoire qui l'aura condamné? On pourrait élever ici une foule d'autres questions qui se sont naturellement présentées dans la pratique, et que les législations diverses ont diversement résolues. Nous essaierons de poser quelques principes à l'égard des plus importantes, et nous reproduirons quelques-unes des dispositions législatives les plus remarquables en ce point. Observons d'abord que c'est une pratique presque générale de présumer la culpabilité d'un prévenu qui n'ose affronter le regard de la justice. Sa fuite passe pour une sorte d'aveu ; elle est en tout cas nne désobéissance aux lois et aux magistrats, et il est frappé plus ou moins promptement d'une sentence provisoire ou définitive : provisoire si, la justice n'a pas d'abord épuisé toutes ses lenteurs et toute sa miséricorde en l'invitant à subir son jugement; définitive si, au contraire, elle l'a invité à plusieurs reprises différentes, après des délais plus ou moins longs, partout où elle pensait que sa voix pouvait en être entendue. De ces deux modes de procéder, évidemment celui qui marche le moins promptement à une sentence définitive est le plus humain, et souvent le plus juste. C'est aussi celui auquel les peuples les plus civilisés se sont arrêtés.

Il est regrettable seulement qu'une sentence qui

peut devenir définitive soit portée pour ainsi dire *ab irato*, sans examen suffisant, et s'élève presque toujours au *maximum*. Et d'abord, pourquoi n'y aurait-il de possibles, je veux dire de justes, que des arrêts de condamnation? Qu'on punisse tant qu'on voudra le contumace pour la faute même de s'être soustrait à l'action de la justice, puisque c'en est une, mais que cette faute certaine ne soit pas confondue avec le délit pour lequel il est poursuivi, et que ce délit n'en prenne pas la place. Que l'action de la justice soit suspendue plutôt que d'être inconsidérée[1]. Malgré l'usage presque universel, je pense donc qu'on peut très justement se poser la question suivante : Si l'accusé s'échappe, convient-il de le condamner comme s'il s'était défendu, comme s'il avait été régulièrement reconnu coupable, alors même que cette condamnation ne serait que conditionnelle et provisoire? Pourquoi ne serait-il pas alors défendu sérieusement? Pourquoi ne pourrait-il pas être acquitté? Il y a des faits tellement vraisemblables parfois, des coïncidences si fâcheuses malgré la fausseté des combinaisons auxquelles elles prêtent; il y a tant d'incertitude et quelquefois de légèreté dans les jugements humains, qu'un accusé qui a pour lui l'innocence et contre lui la vraisemblance peut bien redouter l'issue de l'accusation. On a beau dire que si l'affaire est obscure pour lui, elle l'est aussi contre lui, et qu'il se sauvera à la faveur même de ces ténèbres : mais une pareille issue n'est point certaine.

[1] Comme autrefois à Rome et aujourd'hui dans le grand-duché de Bade. V. *Rev. de législation*, t. XXIX, 1847, p. 61, art. de RAUTER.

Si on le frappe en son absence, il peut être tellement intimidé, surtout s'il est poursuivi par des ennemis puissants, passionnés, intéressés à sa perte, qu'il désespère, malgré son innocence, de pouvoir se sauver autrement qu'en prescrivant l'action publique ou la peine.

Il ne faudrait pas, d'un autre côté, qu'on pût se soustraire impunément à l'action de la justice.

Il n'y a donc que deux partis sages à prendre : ou instruire sérieusement l'affaire en regardant la fuite de l'accusé comme une sorte d'aveu, et en rejetant sur lui, sur sa faute, sur sa défiance de la justice, les suites pour lui fâcheuses de son absence volontaire aux débats, et prononcer définitivement sur son sort comme s'il était présent, sauf le droit de pourvoi[1] ; ou bien un jugement provisoire, expéditif, où le droit de se faire représenter et défendre soit interdit, sauf à faire tomber de plein droit cette sentence par le fait de la représentation de l'accusé dans un délai déterminé, ou à la convertir en sentence définitive passé le même délai.

Il est d'autant plus étrange que l'on condamne le contumace sans entendre sa défense présentée par un tiers, qu'on lui permet de mentir à la justice, s'il est en sa présence, et qu'on ne voudrait point le condamner sur son aveu seulement. D'un côté, on laisse à l'instinct de conservation et de la défense une latitude considérable, et l'on ne peut consentir à ce que l'homme devienne son propre accusateur : *Nemo pe-*

[1] C'est ce qui semble s'être pratiqué à Athènes.

rire volens auditur. D'un autre côté, on fait un crime au contumace d'être saisi de frayeur, de redouter l'incertitude des jugements humains, et de céder à ce même instinct de conservation lorsqu'il le porte à chercher son salut dans la fuite.

Un point des plus intéressants du droit criminel chez les Romains sous l'empire, c'est celui qui regarde les contumaces. Sous le régime des juridictions permanentes, l'absence volontaire de l'accusé n'empêchait pas de procéder à l'instruction, aux débats, et de porter la sentence[1]. Si l'absence était involontaire, l'ajournement pouvait être prononcé.

L'empereur Trajan posa le premier la règle qu'un accusé ne doit pas être condamné sans avoir été entendu[2]. Si le délit imputé à l'absent n'entraînait qu'une peine pécuniaire ou qui tînt à l'honneur, la condamnation pouvait être prononcée. Mais s'il s'agissait d'une peine plus forte que celle-là et que la relégation, telle que les mines, la peine capitale, on distinguait suivant que l'absence avait ou n'avait pas une juste cause. Dans le premier cas, on accordait un délai, sur la demande qui en était faite par un fondé de pouvoir; dans le second cas, la loi voulait que l'absent se présentât dans le délai d'un an. S'il refusait, ses biens étaient confisqués, et s'il était arrêté, il pouvait être condamné avec aggravation de peine, sans que ses biens lui fussent rendus. Si, au contraire, il se présen-

[1] Excepté peut-être la sentence capitale, l. 6, Cod., *De accusationibus*.

[2] L. 5, D.. *De pœnis*; l. 1 et 2, D., *De requirendis vel absentibus damnandis*; l. 33, § 2 et 71. D., *De procuratoribus*; l. 13, § 1, D., *De publicis jud*.. l. 1, 2, Cod., *De requirendis reis*.

tait dans le cours de l'année, il pouvait être ou acquitté, ou condamné sans aggravation de peine, et la confiscation était regardée comme non avenue.

D'après les Etablissements de saint Louis, si le malfaiteur s'enfuyait, le baron le faisait sommer par jugement au lieu où il était, à la porte de sa paroisse, de comparaître dans sept jours et sept nuits, afin de reconnaître son crime et de se justifier. Le baron le faisait aussi appeler en plein marché. S'il ne répondait pas à la sommation dans les sept jours et les sept nuits, on le sommait de nouveau pour qu'il eût à paraître sous quinze jours et quinze nuits; on le sommait une troisième fois pour qu'il comparût dans quarante jours et quarante nuits, et s'il ne se rendait pas à cette dernière sommation, il était banni en plein marché. S'il se présentait ensuite et qu'il ne pût excuser son absence par quelque motif raisonnable, comme par un pèlerinage ou quelqu'autre cause semblable qui l'aurait empêché d'être instruit des sommations, le baron faisait ravager sa terre et s'emparait de ses meubles. Si celui qui était soupçonné ne trouvait personne qui l'accusât ou se rendît partie contre lui, la justice pouvait néanmoins le retenir à cause du soupçon, que tout honnête homme doit éloigner de soi ! La justice faisait sommer la famille du mort pour savoir si quelqu'un des parents voulait accuser celui que l'on croyait coupable, le faire appeler à la porte de l'église et en plein marché. Si personne ne se présentait, le juge lui accordait de se défendre s'il le pouvait[1].

[1] *Etabliss. de saint Louis*, I, 26.

La Coutume de Bourgogne avait à peu près la même longanimité; après trois ajournements, le contumace était réputé coupable et condamné comme tel[1].

Plus les contumaces ont abusé de la patience de la justice, plus cette justice s'est parfois cru le droit d'être sévère, impitoyable, cruelle même à leur égard. Tel est le cas du droit espagnol. Si le délit est de nature à entraîner la séquestration des biens, le séquestre a lieu sans avertissement, et le coupable est assigné *par trois fois neuf jours* (*por tres nueve dias*). Qu'il soit ou non dans la juridiction, s'il manque au premier appel, il paie la contumace (*el desprez*). S'il vient au deuxième, il paie le desprez et les frais, puis est entendu; sinon, en cas de délit passible de la peine de mort (*de delito de muerte*), il paie l'*homicillo*[2]. S'il vient au troisième, il paie le desprez (*homicillo*), les frais, et est entendu. Si, enfin, il ne comparaît pas, on l'accuse en forme, en lui enjoignant de répondre dans les trois jours; et s'il ne répond pas à ce dernier appel, le procès est regardé comme terminé.

Si l'accusé se présente à la prison ou s'il est arrêté avant que le procès soit terminé, on doit l'entendre, le procès conservant du reste toute sa force. Et même s'il se présente dans l'année qui suit le jugement, on peut l'entendre en ce qui regarde les peines pécu-

[1] *Coul. de Bourg.*, *Œuvres de jurisprudence du président Bouhier*, t. I, p. 169. Se aucuns fait aucun maléfice ou cas injurieux, se il ne vient pardevant le juge, après ce qu'il aura esté radjournez par trois fois, li juges haura pour cogneu et pour prové le dit maléfice.

[2] *Homicillo*, homicide, désigne aussi une amende pour contumace.

niaires exécutables dans cet intervalle. Si l'accusé meurt dans ce délai, ses héritiers seront entendus relativement aux peines pécuniaires dans les cas où le délit ne s'éteint pas par la mort,

Quant aux biens séquestrés contre l'absent, le juge doit, s'il n'y a pas comparution dans un délai de trente jours, les vendre aux enchères publiques s'ils sont sujets à détérioration, et en mettre le prix en séquestre. Pour qu'on puisse appeler l'accusé rebelle (*rebelde*) après la sentence dite, il faut qu'il y ait une preuve légitime, que trois mois se soient écoulés, et que le poursuivant (*actor*) accuse de rébellion (*rebeldia*) le prévenu.

Après tous ces appels, toutes ces lenteurs, toutes ces mesures contre les propriétés des contumaces, la justice semble s'impatienter, et voue à la vengeance publique, en s'associant elle-même à ces mauvais sentiments, celui qui a refusé jusqu'au bout la justice civile régulièrement rendue. En effet, si les contumaces (*vandidos*) ne se rendent point aux appels qui leur sont faits, ils sont traités comme rebelles : le premier venu peut les tuer, et quand on les prend, ils sont traînés sur la claie, pendus, mis en quartiers et leurs biens confisqués[1].

D'autres peuples sont bien éloignés de cette colère, qui sent l'amour-propre humilié ; et loin d'en vouloir aux contumaces, ils les favorisent dans une certaine mesure, sans doute pour donner aux passions excitées par le délit le temps de se calmer. Nous vou-

[1] ASSO Y MANUEL.

lons parler d'une coutume qui a existé longtemps chez les Masoviens. Un meurtrier qui avait l'espoir d'être acquitté par les tribunaux s'expatriait pendant un an. Après ce temps, il se représentait sans sauf-conduit, et purgeait son crime. En 1764, le droit polonais permettait encore de délivrer un sauf-conduit de six mois avant le jour de la comparution, lorsque le délinquant voulait se purger devant les tribunaux [1].

Des circonstances toutes contraires, c'est-à-dire telles qu'elles devaient faire craindre que l'action de la justice ne fût entièrement paralysée par la contumace, portèrent nos législateurs du XVII[e] siècle à édicter des peines sévères contre ceux qui favoriseraient les accusés réfractaires. Il était défendu de recevoir, même sous prétexte d'hospitalité, les contumaces, de leur fournir des armes ou des vivres, de les assister en quelque manière que ce fût, sous peine, contre les gentilshommes, de dégradation de noblesse, démolition et rasement de leurs châteaux, confiscation de corps et de biens, et contre les vilains, de punition corporelle [2].

[1] Macieiowski, t. II, p. 845.
[2] Fléchier, *Mémoires sur les Grands Jours*, introd., p. xvii.

CHAPITRE IV

De l'arrestation et de la détention préventives.

SOMMAIRE

1. Dans quels cas elles peuvent avoir lieu.
2. Si le flagrant délit les autorise toujours. — Loi d'Athènes.
3. Loi danoise plus sage encore.
4. Loi espagnole relative à l'arrestation dans des ressorts de juridiction différents.
5. Loi chinoise relative au droit, au devoir d'arrêter des prévenus.
6. Liberté sous caution ; principe du droit slave.
7. Même chose dans le droit féodal.
8. Motifs de cette sage disposition.
9. Lois singulières de l'Angleterre à cet égard : tout le monde est mis en état de prévention, solidarité. — Réflexions.
10. Détention préventive ; sa durée, son caractère abusif, son caractère véritable.
11. Cette détention, avec ses abus, vaut quelquefois mieux que la justice expéditive des peuples barbares, qui ne se donnent pas l'embarras des prisons.
12. Comparaison d'une loi russe du XVIIe siècle et d'un usage du Japon. — Pourquoi cet usage ? — Cercle vicieux apparent. — L'ignorance et la barbarie s'expliquent.
13. Loi autrichienne remarquable.

L'inculpé qui cherche à se soustraire aux recherches de la justice autorise par là même le magistrat à s'assurer de sa personne. Cette mesure peut-être prise encore dans les cas prévus par la loi. Et ces cas sont naturellement ceux dans lesquels l'exil volontaire est inférieur à la peine portée contre le délit.

Il y a cependant une circonstance où l'arrestation immédiate semblerait légitime : c'est celle de flagrant

délit, supposé toutefois que la peine encourue entraînât la privation de la liberté. La loi d'Athènes permettait de traîner en prison celui qui était pris en flagrant délit. Mais comme l'abus d'un pareil droit était facile, et que l'usage même pouvait amener de graves inconvénients, l'accusateur qui n'avait pas pour lui le cinquième des suffrages au moins était condamné à une amende de mille drachmes [1].

La loi danoise défendait de traîner violemment l'accusé devant les tribunaux quand il n'avait pas été pris sur le fait, et que ce fait même n'était pas de nature à lui faire craindre pour sa tête et sa main. On ne pouvait pas également le retenir s'il n'y avait contre lui un fait de ce genre [2].

En matière civile, l'arrestation n'a lieu avant le jugement que dans les affaires de dettes, seulement à l'égard des roturiers, et pour le seul cas où le plaignant et le débiteur habitent dans des juridictions différentes. Dans les causes criminelles, la prison est devenue de plus en plus fréquente [3].

En Espagne, si le prévenu est hors de la juridiction du lieu du délit, encore qu'il soit sur la terre d'un seigneur, le juge du ressort où s'instruit le procès doit envoyer à celui de l'endroit où se trouve le prévenu une lettre (*réquisitoria*) qui mentionne le délit et la commission si le juge est commissionné. Quiconque en est requis par le juge doit livrer l'accusé. Personne ne peut, de sa propre autorité, saisir le coupable passé

[1] DÉMOSTH. *contre Agorat.*
[2] KOLDER., § 119.
[3] KOLDER., § 178.

un temps, déterminé, si ce n'est dans certains cas, et en le livrant au juge dans le délai de vingt heures. L'alguasil ne peut saisir un coupable que sur un ordre du juge, à part le cas de flagrant délit ; et alors il doit mener le coupable au juge avant de le mettre en prison. Le juge inférieur peut saisir aussi le coupable en flagrant délit, et le remettre à son véritable juge [1].

Le droit de prêter main-forte à la justice est pour tout fonctionnaire chinois un devoir. Mais ceux qui sont plus spécialement chargés de livrer les prévenus aux tribunaux n'en sont pas quittes pour échouer dans leurs recherches. C'est ainsi que les agents préposés à l'arrestation des voleurs ont un temps pour le faire sans être punis s'ils n'y parviennent pas ; mais passé ce temps, si leurs démarches ont été infructueuses, on suppose qu'il y a de leur faute, et ils reçoivent de vingt à quarante coups.

C'était un principe commun à la procédure de tous les peuples slaves, depuis le XVe siècle, que le prévenu devait donner caution, et que le plaignant était obligé de l'accepter et de laisser libre son adversaire, excepté dans les affaires capitales [2].

Au moyen âge même, sous le régime féodal, les biens du prévenu répondaient de sa comparution devant la justice au jour voulu. S'il n'en avait pas, la caution de ses amis, de ses proches suffisait. S'il ne trouvait point de répondants, il était mis sous la garde d'officiers du comte, et conduit au *mallum* ou plaid.

[1] Asso y Manuel.
[2] Macieiowski, 3e ép.

La liberté doit être, en effet, permise sous caution. Cette garantie rappelle celle des *cojurateurs*, avec cette différence qu'elle est incomparablement plus rationnelle. Et dans le cas même où les biens ne suffiraieut pas pour répondre de la personne, et où les amis ou les proches de l'inculpé ne pourraient répondre pour lui, toujours faudrait-il distinguer suivant que les délits sont plus ou moins graves avant de priver les citoyens de leur liberté. Ne serait-il pas juste encore de tenir compte du degré de probabilité que peut offrir la présomption de culpabilité dirigée contre telle personne ? Cette considération n'avait pas échappé à la jurisprudence féodale. Elle allait plus loin : elle relâchait moyennant caution le prévenu provisoirement détenu. En Angleterre, l'accusé fut d'abord obligé de fournir caution pour sa comparution en justice. Ses parents devinrent ensuite garants du paiement de la composition et des autres amendes qu'il avait pu encourir. Plus tard, les personnes mal famées ou déjà convaincues furent obligées de donner caution pour leur conduite future. Sous le règne d'Edgar, tout le monde fut placé dans la condition d'un prévenu, puisqu'on était obligé de donner caution qu'on répondrait à l'appel possible de la justice. Les lois de Canut veulent, en outre, qu'on appartienne à une centurie (*hundred*) et à une décurie (*tithing*). Si les biens du délinquant étaient insuffisants pour payer l'amende, les autres membres d'un *tithing* étaient obligés d'y suppléer [1].

[1] HALLAM, op. cit.

Voilà, il faut en convenir, une loi d'une prévision merveilleuse. Tout le monde pouvant devenir coupable, tout le monde devient par là même suspect aux yeux de la loi ; chacun est ainsi placé dans la situation d'un prévenu, et doit offrir à la justice les garanties nécessaires qu'on répondra à son appel. A part cependant cette solidarité d'une justice contestable, qui organise le peuple par groupes, et qui rend le groupe tout entier péçuniairement responsable des délits de chacun de ses membres, la mesure prise par Edgar et Canut, pour ne laisser échapper aucun coupable, n'a rien de plus étrange que les lois d'autres peuples qui confisquaient les biens des contumaces. Au surplus, des dispositions qui nous semblent injustes aujourd'hui ont eu souvent leur excuse dans la nécessité des temps, et leur légitimité dans l'assentiment du peuple.

La détention préventive, je veux dire sa durée et sa nature plus oû moins sévère, est un autre point de la procédure criminelle de la plus haute importance, surtout à cause de ces deux circonstances : la durée et le caractère pénal de la détention, qui font attacher tant d'intérêt à la liberté sous caution. N'y eût-il dans l'emprisonnement provisoire que la privation de la liberté, l'empêchement de vaquer à ses affaires, empêchement qui peut-être ruineux parfois, l'emprisonnement provisoire serait déjà une mesure de la plus haute gravité. S'il pouvait s'excuser par l'imminence du danger qu'il y aurait à laisser la liberté à l'inculpé, il n'y a plus d'excuse possible à le traiter comme un condamné. La plus simple notion de justice suffit pour faire comprendre que cette incarcération ne doit être

qu'un moyen de s'assurer de la personne, et non une peine à lui infliger. Elle ne doit donc avoir aucun caractère pénal, et doit durer le moins possible. La législation russe du XVII[e] siècle avait déterminé un maximum de temps passé lequel le prévenu devait recouvrer sa liberté s'il n'avait pas encore subi son jugement, et cela dans l'hypothèse la plus défavorable pour lui, celle où le délit aurait été manifeste, par exemple s'il avait été pris sur le fait, et lors encore qu'il avait eu des complices restés inconnus ou dont on n'aurait pu jusque-là s'emparer [1]. Cette durée possible de la détention préventive était un peu longue, il est vrai, mais enfin elle était définie, et le principe était reconnu. Une détention provisoire d'une certaine durée même, et pas fort douce, a cependant moins d'inconvénients qu'une justice trop expéditive. Le mieux, c'est qu'elle soit le plus rare et le plus abrégée que possible, et qu'elle n'ait rien qui tienne de la peine.

Les Japonais n'ont pas de prison. Le coupable est puni sur-le-champ. On ne peut arrêter un inculpé que par ruse ; s'il est informé qu'on le poursuit, il se met sur la défensive. Si c'est un noble, il faut pour ainsi dire faire le siége de sa maison, avec ordre qu'il se fasse justice lui-même en s'ôtant la vie. S'il refuse, on donne l'assaut, et l'on tue toutes les personnes qu'on trouve dans la maison. Pour prévenir cette extrémité, le coupable se fait tuer par un serviteur, ou s'ouvre lui-même le ventre. Quelquefois ses domestiques l'imitent, poussés qu'ils sont par l'affection

[1] De Reutz, 3e période.

qu'ils lui portent. Les enfants en colère s'ouvrent aussi le ventre en présence de leurs parents pour des bagatelles. Ils sont, du reste, élevés fort durement, et supportent généralement sans murmurer tous les genres de privations[1].

Cette résistance à l'action de la justice est une suite de la dureté des lois. Les mœurs elles-mêmes en contractent une sévérité qui se révèle déjà dans l'enfance, sans doute par suite de l'éducation brutale qu'ils reçoivent. Il se peut que le législateur soit ici placé dans une sorte de cercle vicieux, c'est-à-dire que des lois cruelles soient rendues nécessaires par des mœurs féroces, et que ces mœurs soient à leur tour l'effet de ces lois barbares. Mais la nécessité n'est qu'apparente, et si l'ignorance et la dureté n'y mettaient obstacle, le législateur comprendrait aisément qu'il peut, en prenant une sage initiative, briser le cercle de fer dans lequel il se voit aujourd'hui fatalement enveloppé.

Quant au vrai caractère de la détention préventive, tout le monde le conçoit, mais peu de législations encore l'ont formellement consacré ; et celles mêmes qui l'ont proclamé peuvent être méconnues dans la pratique. Quoi qu'il en soit, la loi autrichienne mérite en ce point une mention particulière. « La prison où sont détenus les inculpés, y est-il dit, doit être le moins incommode possible ; le détenu ne doit y être soumis à d'autre gêne que celle qui résulte de la nécessité de s'assurer de sa personne et d'empêcher sa

[1] Lintscot, *Ind. or.*, *descript.*, pars II, p. 65.

fuite » (art. 308). Le régime des prisons est bien réglementé (art. 307-332). Mais on refuse un défenseur, sous prétexte que le tribunal criminel est lui-même chargé de cette fonction.

CHAPITRE V

Des asiles.

SOMMAIRE

1. Les asiles paralysent ou favorisent l'action régulière de la justice publique, suivant les temps et les lieux.
2. Nous n'en parlons ici qu'à ce point de vue.
3. Les asiles chez les sauvages, chez les nations à demi-civilisées, en Orient, en Grèce, à Rome, chez les barbares, en Ecosse, en Angleterre.
4. Le christianisme devait leur être favorable.
5. Abus qui s'y introduisirent.
6. Asiles internationaux, — ou en vertu du droit d'exterritorialité.

La justice a parfois trouvé dans les lois mêmes, dans les usages, dans les préjugés religieux, dans les abus qui en sont nés, un obstacle invincible à son action la plus légitime. C'est ainsi que les asiles mettaient quelquefois les coupables à l'abri de ses poursuites et de ses coups. D'autres fois, il est vrai, et c'est ainsi vraisemblablement que les choses ont commencé, les asiles n'étaient, au contraire, qu'une protection accordée à l'inculpé contre la vengeance personnelle ou populaire; un moyen, par conséquent, d'assurer à la justice publique son cours régulier.

Déjà nous avons eu occasion de parler d'une ma-

nière générale de ce genre d'institution, de son origine, de son esprit, de ses avantages, de ses inconvénients; de faire un éloge mérité des villes d'asile établies par Moïse[1], et d'autres établissement analogues. Notre intention n'est pas d'y revenir. Nous ne considérons maintenant cette matière qu'au point de vue spécial qui nous occupe.

Plus les lois et les pouvoirs publics sont faibles, plus la crainte de l'injustice par la vengeance peut porter à une autre injustice, celle de l'impunité du coupable, si toutefois on peut appeler impunité la situation d'un fugitif ou d'un réfugié. Il est donc fort naturel qu'on retrouve les asiles jusqu'au sein des sociétés sauvages, et que ces sortes d'institutions s'y présentent avec un caractère digne d'un état de civilisation aussi imparfait. C'est ainsi que dans les îles Sandwich, les principaux centres de population, que des voyageurs veulent bien appeler des villes, offrent un asile inviolable aux coupables fugitifs, qui, voulant se soustraire à la vindicte publique ou à de justes représailles, sont assez heureux pour en atteindre les limites. Plusieurs vastes ouvertures, les unes tournées du côté de la mer, les autres faisant face aux montagnes, en rendent l'entrée prompte et facile à toute heure pour tous ceux qui se présentent. Là le meurtrier, l'homme qui a rompu le tabou ou manqué à quelques-unes de ses rigoureuses observances, le voleur, l'assassin même, trouvent protection et sécurité dès qu'ils sont parvenus à franchir

[1] *Nomb.*, XXXV, 11, 14, 24, 26, 27, 32, 36; — *Deuter.*, IV, 41, 42, 43; XIX, 3, 7; — *Josué*, XX, 3, 4, 5, 9; XXI.

le seuil des portes. En temps de guerre, un pavillon blanc, sans cesse arboré sur une place saillante à chaque extrémité de l'enclos, avertit tout combattant, ami ou ennemi, forcé de fuir les coups du vainqueur, que ce lieu est pour lui un port assuré de salut. Les prêtres préposés à sa garde et leurs auxiliaires mettraient immédiatement à mort le profane assez téméraire pour poursuivre au-delà des bornes sacrées quiconque viendrait se placer sous la sauvegarde de Kéavé, divinité tutélaire de ces retraites inviolables. Après un espace de temps réglé, les personnes qui s'y sont réfugiées retournent dans leurs demeures habituelles, sans avoir désormais rien à craindre[1].

Les asiles, que nous venons de voir chez des peuples plus voisins de l'état sauvage que de la civilisation, se retrouvent naturellement aussi chez les peuples moins barbares ou à demi-civilisés. Le respect dont ces institutions furent d'abord entourées les fit même survivre à la nécessité qui les avait fait naitre. Sans nous attacher plus particulièrement à l'Orient, où le droit d'asile, comme tout le reste, semble avoir pris naissance, et tout en ne nous occupant même que des anciens peuples de l'Occident, qui nous sont le mieux connus, on trouve le droit d'asile établi presque partout en Grèce : chez les Spartiates, les Argiens, les Phliasiens, etc. Homère le mentionne dans l'un de ses grands poèmes[2]. Cadmus, Thésée avaient ouvert des asiles dans leurs temples. Cybèle passait pour avoir

[1] FREYCINET, *Voy. aut. du monde*, t. I, p. 598 et 599.
[2] *Odycée*, XV, 276.

fondé celui de Samothrace. La naissance d'Apollon et de Diane était censée avoir consacré celui d'Ephèse. Hercule Egyptien passait pour auteur de celui de Canope.

Romulus imita les fondateurs de Thèbes. Sous ses successeurs, les asiles se multiplièrent pendant la république et l'empire. Des autels sans temples, des statues des dieux, celles des empereurs, les tombeaux des héros, les aigles romaines, les drapeaux des légions, les bois sacrés, des contrées entières servaient d'asile aux coupables.

Mais tous les asiles n'étaient pas également inviolables, ou plutôt la superstition n'était pas également conséquente à elle-même dans tous les pays, ni les gouvernements partout aussi complaisants pour les préjugés populaires. Ainsi, ni Pausanias, ni les ilotes ne furent suffisamment garantis par les asiles. Il est vrai que la superstition trouvait déjà des accommodements avec le ciel, et que s'il lui restait quelques scrupules sur la manière dont elle avait violé les asiles tout en les respectant, elle savait s'en délivrer par des cérémonies expiatoires [1]. Avec de semblables ressources, rien n'est impossible, et l'on peut à merveille remplacer la piété par le sacrilége. Mais l'abus de la violation des asiles paraît être resté bien au-dessous de celui des asiles mêmes : Auguste et Tibère s'en aperçurent et essayèrent de mettre un frein à l'abus des asiles, où les assassins et les banqueroutiers trouvaient l'impunité.

[1] PLUTARQ., *Lys.*, § 56.

En passant du paganisme au christianisme, le peuple ne pouvait manquer de conserver les asiles, de les entourer même d'un prestige d'autant plus puissant que la religion nouvelle était plus sainte. Les malheurs des temps, l'invasion de la barbarie, l'oppression dans laquelle gémissaient les peuples sous des tyrans sans nombre, l'absence, l'éloignement ou la faiblesse d'un pouvoir central, la dureté des mœurs, l'imperfection des lois, l'ignorance des magistrats, leur peu d'autorité, tout cela justifiait presque jusqu'à l'abus des asiles. Aussi les églises, les couvents, les palais des princes étaient devenus des lieux de refuge. Il suffisait même de toucher les vêtements du roi, son cheval, pour être sauvé. En Allemagne, certaines maisons, des champs, des jardins, jouissaient aussi d'un semblable privilége. Dans quelques contrées, le respect pour le domicile était poussé si loin que le coupable n'était pas poursuivi dans sa propre maison ni dans celle du voisin. Le délai était de quatre semaines. Le prince pouvait sauver un coupable en le prenant sous son bras ; c'est ainsi que Dietrich sauva Chrimhilde et Etzeln dans les Nibelungen. Les princesses et même les femmes en général pouvaient sauver un coupable en le cachant sous leur manteau. Les habitants de Barèges en Bigorre avaient une semblable coutume : un coupable qui se réfugiait auprès d'une femme était à l'abri de toutes poursuites [1].

La maison du coupable n'était pas seule pour lui

[1] GRIMM, p. 888, 891.

un asile sacré : sa personne devait être aussi en sûreté partout ou il ne pouvait guère se dispenser de se rendre : à l'église, au mallum, au marché, à la taverne même, et dans l'espace intermédiaire entre le domicile et les lieux de prière, d'affaires ou de réunion [1].

D'après le Statut de Guillaume, roi d'Ecosse (1165-1214), quiconque viole un asile et maltraite celui qui s'y est réfugié, ou veut simplement le maltraiter, est puni d'une amende de quatre à vingt-neuf vaches, et d'une indemnité d'une vache à un nombre que les juges détermineront, suivant qu'il y aura eu menace, ou coups sans effusion de sang, ou blessure, ou meurtre enfin [2]. Un statut du XIIIe siècle prend sous sa protection le voleur qui donne des signes de piété dans une église où il s'est réfugié ; ce qui n'empêche pas le prince dévot qui en est l'auteur d'infliger à son profit une amende au pieux voleur, en même temps qu'il l'oblige à restituer purement et simplement sa chose au volé [3]. Le voleur doit préalablement jurer sur les saints Evangiles qu'il ne volera plus. S'il ne peut payer l'amende, il obtient un sauf-conduit pour sortir du pays, jusqu'à ce qu'il soit reconcilié avec le roi. Quant à ceux qui sont innocents et qui ne se réfugient dans les églises que pour attendre une justice exempte de violence, ils ont

[1] *Legg. Bajuv.*, tit. IX ; *Aetelred legg.*, ap. CANCIANI, t. IV, p. 295 ; *Addit. sapientum ad legg. Fris.*, t. I, l. 1, ap. CANC., t. IV, p. 295 ; *Hlotarii capit.*, ann. 832, 4 ; *Legg. alem.*, tit. XXIX ; etc.

[2] Ap. HOUART, op. cit., t. II, p. 536 et 537.

[3] *Stat. Alex. II*, c. 6. ap. HOUART, op. cit., t. II, p. 583.

le droit de purger régulièrement l'accusation, etc.[1].

D'après le traité de la Flète, composé sous Edouard Ier, roi d'Angleterre, à la fin du XIIIe siècle, l'asile n'était pas du tout conçu comme un moyen d'impunité : ce droit n'était, au contraire, qu'un moyen d'attendre plus sûrement une justice régulière. Car, après avoir dit que l'on ne peut, sous peine d'excommunication ou d'irrégularité (suivant qu'on est laïc ou clerc), arracher par violence les coupables qui se sont réfugiés dans les églises, l'auteur ajoute que les coroners iront les y trouver, et qu'ils s'informeront de la cause pour laquelle un refuge a été par eux cherché dans le saint lieu. S'ils ne veulent ni répondre, ni sortir sous la protection de l'autorité publique, au bout d'un certain temps, ils ne sont plus inviolables ; on peut du moins les laisser périr de besoin[2].

On comprend à merveille que le christianisme, avec son esprit de mansuétude, en face de la dureté des barbares, de l'orgueil et de la férocité de leurs chefs, dut être très favorable aux asiles ; porté qu'il est à plaindre le coupable presque autant qu'à le condamner, accueillant avec empressement tous les repentirs, plein de miséricorde pour les fautes avouées, aspirant à faire passer dans les institutions civiles l'esprit de charité qui l'inspire, il dut ouvrir ses temples aux malheureux qui venaient y chercher un refuge contre une justice passionnée ou mal conduite. De là les asiles chrétiens.

[1] *Stat. Alex. II.*, c. 6, apud HOUART, op. cit., t. II, p. 583.
[2] *Fleta*, cap. 29, ap. HOUART, t. III, p. 98, 99.

Ici toutefois l'abus, et un abus analogue à celui que nous venons de reconnaître chez les naturels des îles Sandwich, dut s'introduire à la faveur de principes que le christianisme ne peut plus avouer, puisqu'une charité mal entendue, ou quelque autre sentiment moins louable, tendait à paralyser la justice [1]. En vain Théodose et Justinien voulurent remédier au mal : le pouvoir ecclésiastique y trouvait une popularité facile, et disons-le également, un moyen commode de soustraire des accusés ou des condamnés à des lois ou à des sentences qui lui paraissaient injustes. Il ne dut point renoncer de son propre mouvement à ce signe de sa puissance, d'autant plus qu'elle s'en trouvait accrue pour le bien. Aussi les papes se montrèrent-ils très favorables au droit d'asile dans les temples. A peine le droit canon refuse-t-il cette protection aux voleurs de grand chemin [2]. D'autres priviléges analogues, fondés sur je ne sais quel mélange d'orgueil et de fausse charité, n'étaient propres qu'à entraver l'action de la justice. C'est ainsi que le chapitre de Saint-Hilaire de Poitiers avait le droit de ne pas souffrir le passage ni l'exécution d'un criminel dans le bourg où l'église dédiée à cet illustre évêque était située. Ce droit, qui remontait très haut, fut confirmé en 1481 [3].

[1] Les églises ne servaient pas d'asile, suivant Beaumanoir, aux sacriléges, aux voleurs de grands chemins, aux incendiaires, à ceux qui arrachaient les vignes et les blés. « Qui conque est coupables de tix meffès, il doit estre pris, en quelque lieu qu'il soit, et justiciés selon le meffet. » L'auteur en donne trois raisons pour chaque cas. V. *Coutumes du Beauvoisis*, ch. IX, § 15-21, *Cours d'Eglise*.

[2] *Cod. Théod.*, lib. IX, tit. XLIV et XL. V. PUFENDORF, VIII, c. 3, § 15, et GROTIUS, II. c. 21, § 5.

[3] V. *Ordonn. des rois de France.*

Bergier convient que la protection donnée aux coupables par le clergé non-seulement dans les églises et dans les cimetières, mais aussi dans les palais des évêques, dans les couvents, ne servait plus qu'à favoriser le brigandage et à multiplier les crimes [1]. Sharp dit qu'à Naples, les crimes les plus atroces se commettent encore avec impunité. Si un assassin peut atteindre aux murs d'une église avant qu'on le saisisse, on n'a plus de droit sur lui [2]. Charlemagne avait déjà essayé de restreindre le droit d'asile dans ses justes limites, en défendant de porter des aliments aux criminels renfermés dans les églises. Les rois de France, de Portugal, d'Angleterre et de la plupart des autres pays de la chrétienté ont enfin triomphé de cet abus [3].

Les souverains, abusant du principe que la demeure de leurs représentants auprès des puissances étran-

[1] BERG., *Dict. de théol.*, v° *Asile.*

[2] *Voyage*, p. 136, *cité par* PRIESTLEY, *Cours d'histoire et de politique*, p. 136.

[3] On peut voir en outre, sur ce sujet : M. MICHELET, *Origine du dr. français*, p. 324 et suiv.; PASTORET, *Lois pénales*, IVe, p. 105; GOBANI, *Science du gouvernement*, I, 63; GOGUET, *de l'Orig. des lois, des sciences*, etc., p. 70; BECCARIA, *des Délits et des Peines*, § 35; JOUSSE, *Traité de la just. crim.*. etc., II, 195; FLEURY, *Hist. ecclésiast.*, XXV, 32; XXIX, 26. XXI, 15; *Histoire des ouvrages des savants*, décembre 1688, où l'on rend compte de l'ouvrage intitulé : *P. P. Dissertatio de asylis, authoritate amplissimi ordinis philosophiæ, anno salutis* 1682, in audit. Gust. publico examini oblata ab autor. Gust. CARLHOLM VERMELANDO; DE LERCHENFELD (Maximil. Ad. Fr. Xav. lib. barb.), *Benignitas moderatæ Ecclesiæ romanæ in criminosos ad se confugientes*, etc., Ingolst., 1761, in-4°; *Essais histor. sur les lois*, p. 72; *Mémoire de l'Acad. des inscript.*, t. XI, p. 59; XXXVIII, p. 55; XL, p. 30; LXXIV, p. 46; année 1845, 2e partie; p. 307-308; *Mém. de* SCIPION DE RICCI, t. IV, p. 13; ALB. DU BOYS, ouv. cit., t. II, p. 395; 598; *Bibliothèque de l'Ecole des chartres*, 1853, p. 351-375, 573-591; 1854, p. 151-175, 341-359.

gères doit être regardée comme aussi inviolable que leur propre territoire, ont converti les hôtels d'ambassade en lieux d'asile. Louis XIV n'a pas donné à cet égard un bon exemple. C'est d'ailleurs une question, de savoir si un pays a le droit de soustraire un étranger au juste châtiment qu'il a encouru, particulièrement pour délits privés. Il est certain que si la justice était partout rendue convenablement, ou même si les lois pénales étaient ce qu'elles doivent être, il y aurait plus de véritable esprit d'humanité de gouvernement à gouvernement à seconder mutuellement l'action de la justice qu'à se faire les protecteurs des criminels. Ce serait une autre question encore de savoir si l'extradition proprement dite ne serait pas un attentat à la liberté du réfugié, et s'il ne vaudrait pas mieux lui signifier l'ordre de quitter le territoire où il aurait espéré de trouver un refuge.

CHAPITRE VI

Des preuves en général.

SOMMAIRE

1. Place de l'interrogatoire.
2. Il est difficile que cette partie de l'instrution soit publique.
3. Il importe cependant que le juge d'instruction soit retenu dans son devoir.
4. Les débats publics destinés à donner plus de garantie.
5. L'instruction secrète est cependant de la plus haute importance; question qu'elle soulève déjà.
6. Deux principaux systèmes de preuves, l'un plutôt moral, l'autre plutôt légal; — leurs caractères; — leur réunion.
7. La théorie des preuves appartient surtout au second système.
8. Vices de preuves légales : à quoi ils tiennent; — bienfait du jury.
9. Législations sur ce point : celles de l'Inde, de la Chine, de Sparte, de Rome, des Francs, des anciens Russes, des Danois, de quelques contrées de l'Allemagne, du grand-duché de Bade aujourd'hui; scrupule du législateur polonais.
10. Réflexions sur les condamnations incertaines.
11. Comment, aux Etats-Unis, le législateur a cru pouvoir concilier le jury avec le système des preuves légales.

Une fois que la police judiciaire a rempli sa tâche, que le délit est constaté, que le prévenu a été signalé, qu'il a été remis aux mains de la justice, ou qu'il n'y a plus d'espoir de s'en emparer, il s'agit de s'assurer de sa culpabilité. Déjà nous avons parlé de la dénonciation et de l'accusation, qui sont un premier témoignage contre l'inculpé. Il s'agit d'entendre l'inculpé à son tour, de le mettre aux prises avec l'accusateur, d'entendre les témoignages produits de part et d'autre.

Il serait à désirer que ces opérations fussent publiques, mais elles sont nécessairement pleines de lenteurs, de tâtonnements, d'incertitudes, de marches et de contremarches; elles demandent de la prudence, de l'habileté, certains artifices destinés à déjouer les ruses des coupables, à mettre en défaut leur système mensonger de défense; toutes choses qu'il serait presque impossible de pratiquer si la publicité des opérations était exigée. Cette publicité ne serait compatible avec le succès de l'interrogatoire du prévenu qu'autant qu'il serait tout d'abord appréhendé et tenu au secret pendant toute la durée de l'information. Autrement, il pourrait se concerter avec les témoins, se faire donner un système de défense propre à tromper la religion du juge.

Il importe, d'un autre côté, que le juge instructeur fasse son devoir, et tout son devoir; il importe qu'il recherche les coupables avec intelligence, zèle et loyauté. Il serait donc bon qu'il fût assisté non-seulement d'un subordonné, tel qu'un greffier, mais encore d'un juge adjoint [1], et d'un ami ou du défenseur du prévenu. Ces précautions nous sembleraient suffisantes pour rassurer complètement la société et les particuliers.

Si l'instruction de l'affaire ne peut être publique sans de graves inconvénients, il faut au moins qu'une fois en mesure d'asseoir ses convictions, de porter une sentence d'absolution ou de condamnation, la justice

[1] L'Assemblée nationale avait exigé, pour la confection des procès-verbaux, la présence de deux notables appelés par le juge.

procède au grand jour. Il y aura de plus, dans ce second acte du drame judiciaire : 1° un accusateur public, qui représentera les droits et les intérêts du corps social ; 2° une partie civile, qui fera connaître la nature et l'étendue des dommages par elle soufferts, les réparations qu'ils exigent ; 3° un défenseur, qui exposera tous les moyens propres à justifier l'accusé, ou tout au moins à l'excuser ; 4° un juge différent du premier, offrant plus de garanties encore du côté des lumières et de l'impartialité, qui instruira de nouveau l'affaire en présence de l'accusé, de son défenseur et de l'accusateur public. Mais, cette fois, le juge, c'est-à-dire le tribunal ou la cour, saura meux l'ordre à suivre dans les questions ; il connaîtra mieux les témoignages qu'il doit invoquer, leur valeur relative : tout sera disposé à l'avance dans son esprit, grâce au travail écrit du juge d'instruction, au procès-verbal qu'ilaura fait et fait signer, et qui sera tout à la fois la règle, la base et la pierre de touche de la dernière et solennelle instruction. En fût-elle démentie, elle servirait encore à faire ressortir la vérité des dernières opérations ; les péripéties de ce genre sont comme l'ombre et la lumière dans un tableau.

La solennité des débats n'est pour ainsi dire que la représentation d'un drame préparé dans le silence et le recueillement ; mais la publicité et l'animation qui l'accompagnent sont tout à la fois un spectacle instructif, saisissant, et une garantie nouvelle pour la société et pour l'individu qu'elle accuse.

Le procès est donc pour ainsi dire consommé, à part l'effet que doivent produire les preuves sur l'esprit

du dernier tribunal. Mais le juge d'instruction et le tribunal qui prononce après lui sur la mise en accusation doivent avoir parcouru tous les éléments de preuve, et avoir une conviction à peu près entière sur la culpabilité ou l'innocence du prévenu, ou sur l'impossibilité d'acquérir cette conviction.

Mais qu'est-ce qu'une conviction ? Comment se forme-t-elle ? A quelles conditions peut-on se prononcer pour ou contre ? Quand est-il permis de le faire ? Quand obligatoire ? Questions graves que la théorie n'a pas toujours résolues de la même manière, et sur lesquelles la pratique des peuples est loin d'avoir été d'accord.

Il y a deux systèmes principaux relativement aux preuves : celui qui permet au juge de former sa conviction comme il pourra, en prenant par-dessus tout conseil de sa conscience, et celui qui, ne voulant rien laisser à la conscience du juge, lui indique avec précision les cas dans lesquels il devra condamner ou absoudre, c'est-à-dire les cas où il devra se tenir pour convaincu ou non, quel que puisse être en réalité l'état de son esprit et de sa conscience.

Le premier système a dû précéder l'autre : c'est le plus simple. Le second n'a pu résulter que de l'abus du premier, et de la fausse persuasion qu'on peut tout prévoir et tout apprécier à l'avance. L'illusion et les abus de ce second système ont décidé les législateurs modernes à retourner au premier, tout en essayant d'en prévenir les abus par le choix des juges ou par leur nombre. On peut appeler ces deux systèmes de preuves : le premier, système *moral ;* le second, sys-

tème *légal*. L'un a un caractère plus spirituel, l'autre plus littéral; le premier est à la portée du sens commun, le second exige plus de science; l'un ne demande que de la spontanéité et du sentiment, l'autre veut de la réflexion et des idées; l'un est pour le vague, le simple, l'instinctif, l'autre pour la précision, les détails, l'intelligence; le système moral sent plus qu'il ne pèse ou qu'il ne compte; le système légal compte et pèse plus qu'il ne sent.

La perfection consisterait peut-être à bien sentir, à bien compter et bien peser, mais à faire le tout avec pleine liberté de conscience, et sans être machinalement conduit par les lisières de la loi.

La théorie des preuves se réduisait naturellement à peu de chose dans le système moral; elle est plus négative que positive. Il en était tout autrement avec le système des preuves légales. Aussi cette partie de la littérature juridique est loin d'être stérile. Notre objet n'est pas de la faire connaître, d'autant plus qu'il existe sur ce sujet des ouvrages récents qui ne se recommandent pas moins par l'érudition que par la solidité [1]. Nous ferons seulement remarquer, avec un jurisconsulte italien, que dans le système des preuves légales, on croyait pouvoir appliquer le calcul à l'estimation de ces preuves; ce qui conduisait à de singulières conséquences. En effet, comme deux témoignages formaient une preuve complète, on pensait qu'un seul témoignage formait une demi-preuve. On

[1] Nous voulons surtout parler du *Traité des preuves*, de M. Bonnier. Nous ne pouvons oublier l'ouvrage analogue du savant auteur des *Archives du droit criminel*, M. Mittermaier.

réduisit à une valeur numérique toutes les preuves, tous les indices et toutes les présomptions, comme si des nombres quelconques appliqués à des faits de nature diverse eussent suffi pour exprimer la valeur logique de toutes leurs combinaisons possibles. Enfin, comme on ne pouvait satisfaire ainsi la conscience morale du juge, on imagina une conscience juridique soumise à toutes les règles de droit et au calcul des probabilités. On cherchait ainsi à cacher sous un tissu d'illusions le vice essentiel d'une procédure qui ne pouvait produire une entière conviction, en se soumettant à un corps de doctrine faux et pliable à toute sorte d'arbitraire et d'absurdité [1].

Le législateur avait cru pouvoir déterminer *a priori* un certain nombre de circonstances où l'imputation devait passer pour certaine, et où le juge par conséquent n'avait ni la faculté d'acquitter ou d'absoudre [2], ni celle de s'abstenir ou de prononcer un plus ample informé. Il ne lui restait d'autre rôle à jouer que celui de reconnaître l'existence des faits prévus par la loi et de condamner en conséquence. Le législateur n'avait pas songé qu'il n'opérait que sur une abstraction; que les faits auxquels il attachait une condamnation obligée pouvait être, dans la réalité, déterminés par beaucoup d'autres qui devaient les obscurcir, les transformer, les altérer de mille manières. C'est donc un immense

[1] Sclopis, op. cit., p. 207 et 208.

[2] On sait que l'absolution suppose que le fait incriminé n'est pas défendu par la loi, tandis que l'acquittement suppose le contraire. Nous n'avons cependant pas toujours tenu compte de cette distinction; l'absolution a été prise quelquefois pour la déclaration de non culpabilité, sans aucune destination.

bienfait d'avoir rendu au juge sa conscience morale, sa responsabilité, son humanité tout entière.

Le jury n'aurait pas d'autre avantage que celui de faire tomber le système de preuves légales, qu'il serait par le fait une institution du plus haut prix. Si ses préjugés et ses passions sont parfois à redouter, combien plus ne sont pas à craindre pour les peuples, libres ou non, les fantaisies, les colères, les entreprises systématiques du pouvoir et de ses ministres! Je veux bien que le jury ait ses défauts, qu'il ne convienne bien qu'aux peuples dont l'éducation politique est faite ou fort avancée ; mais je ne puis accorder que cette institution ne soit par elle-même un excellent moyen de faire cette éducation, et qu'il soit impossible de composer tellement cette magistrature populaire que les inconvénients qu'on en redoute soient incomparablement moins à craindre que ceux auxquels on a voulu parer en créant le jury. En vain l'on a prétendu qu'il vaut mieux, en principe, être jugé par ses supérieurs que par ses pairs [1]: cela est faux d'abord, toutes les fois que les supérieurs ont un intérêt contraire à celui des inférieurs, et qu'il règne entre eux un esprit d'hostilité; cela est faux encore, lorsque ces pairs ne le sont qu'en vertu de l'égalité devant la loi, et qu'ils possèdent les lumières et la moralité nécessaires, sans être étrangers pour autant aux souffrances, aux misères qui, d'ordinaire, engendrent le crime. Nous avons parlé ailleurs du jury : il s'agit ici des preuves.

[1] ANCILLON, *Ueber den Geist der stoatsverff*, p. 179 et 180.

Nous revendiquons seulement les droits de la conscience du juge, quel qu'il soit, magistrat ou peuple. Ces droits sont tels, qu'il est impossible de dire d'une manière un peu précise à quelles conditions, dans tel ou tel cas, une preuve doit emporter la conviction : on ne peut donner que des règles générales ; mais ces règles, comme toutes les règles du monde, sont destinées à recevoir leur application, et dès lors c'en est fait du caractère absolu, objectif et universel qu'on prétendait leur donner. Il y a toujours les circonstances personnelles, c'est-à-dire la manière dont les faits soumis à la règle apparaîtront aux consciences individuelles, la manière même dont ces règles seront comprises, jugées, appliquées ; en un mot, il y a le côté personnel ou subjectif de l'application, qui peut varier considérablement d'un individu à un autre [1].

C'est précisément ce côté personnel que le système des preuves légales avait pour objet de faire disparaître ; mais c'est justement aussi ce qu'il faut respecter, sous peine de convertir les juges en vraies machines arithmétiques, sans cœur, sans conscience et sans vie.

Mais il est temps d'en finir avec les doctrines pures sur ce point, et de voir à l'œuvre la sagesse pratique des législateurs.

Manou recommande avec les plus vives instances la droiture dans les jugements. Il dit aux juges qu'ils doivent s'exercer à une sorte de physiognomonique

[1] C'est surtout pour cette raison que les criminalistes ont insisté peut-être plus qu'il n'était nécessaire sur la théorie des preuves. — V., par exemple, JOUSSE, t. I, p. 654-837, et MUY DE VOUGL., p. 775-810.

afin de surprendre la vérité sur la figure même des accusés et des témoins.

Si l'on pouvait ajouter foi à ce que les écrivains chinois nous racontent, l'ancienne procédure du Milieu aurait été remarquable non-seulement par les soins minutieux de l'instruction, mais encore par les moyens extraordinaires d'investigation : ces moyens auraient été si puissants, qu'à la simple inspection d'un cadavre, on aurait reconnu si la mort avait été naturelle ou violente, et qu'une science profonde de la physionomie aurait singulièrement aidé le juge à pénétrer les secrets sentiments d'un accusé.

Cette justice criminelle aurait eu aussi le grand mérite de l'impartialité. On lit ce qui suit dans un ancien livre chinois faisant partie de la collection des annales, le *Si-Vuen* : « L'artifice et la ruse n'ont rien de si délié et de si fin que les moyens pratiqués par l'antiquité pour constater les meurtres et en découvrir les auteurs. Perquisitions secrètes, recherches effrayantes, examens multipliés, lenteurs affectées, menaces, questions, confrontations, discussions, etc., elle mettait tout en œuvre. L'horreur du sang était si forte en elle, qu'elle paraissait sortir de son caractère pour déployer toutes les ressources et toutes les rigueurs de la justice. Le rang, la naissance, le savoir, les talents, les grandes actions même et les services les plus essentiels disparaissent à ses yeux dans un homicide ; elle ne voyait que le crime et la punition qu'il méritait »[1].

[1] *Mém. concern. les Chin.*, IV, p. 422-437.

A part l'exagération naturelle aux écrivains orientaux, lors surtout qu'il s'agit en Chine de l'antiquité chinoise, il semblerait cependant que les moyens de constater les délits, de s'assurer de la culpabilité de leurs auteurs, étaient très variés, et surtout très rationnels. Ce peuple célèbre n'aurait recouru à aucune des atrocités et des superstitions qui ont souillé la justice des autres nations, ou du moins en aurait été beaucoup plus sobre.

A Sparte, on trouve tout à la fois l'intention de bien juger, et l'inintelligence complète des rôles respectifs de l'accusation et de là défense. Le sénat délibérait quelquefois plusieurs jours dans une affaire capitale. Bien que l'accusateur n'eût pu fournir de preuves suffisantes, l'accusé n'en était pas moins regardé comme coupable jusqu'à ce qu'il eût prouvé son innocence. Si cependant sa justification n'était pas complète et qu'il fût absous, il pouvait être remis en cause pour le même fait lorsque de nouvelles preuves à sa charge étaient découvertes [1].

A Rome, on distinguait trois sortes de preuves : la déclaration des esclaves arrachée par la torture (*quæstiones*), le témoignage des citoyens libres (*testes*), et les pièces écrites (*tabulæ*). La première sorte de preuves était aussi dangereuse dans ses résultats qu'elle était inique dans ses moyens. Les esclaves du prévenu pouvaient d'autant plus aisément succomber à la tentation de s'arracher à la douleur en calomniant

[1] V. SAM. PETIT, *Leges atticæ*; ROBINSON, *Antiquités grecques*; BARTHÉLEMY, *Voy. d'Anacharsis*; PASTORET, *Hist. de la lég.*; XÉNOPH., *Constit. de Lacédémone*.

leur maître, que l'accusation était plus grave ; et c'est surtout dans ce cas qu'ils étaient mis à la torture. Ils ne pouvaient cependant faire tomber la peine de mort sur la tête de leurs maîtres que lorsqu'il s'agissait d'inceste ou d'une conspiration contre l'Etat. C'était déjà trop. D'un autre côté, des esclaves qui avaient à redouter de retomber entre les mains d'un maître qu'ils auraient accusé avec raison, pouvaient-ils ne pas préférer les tortures d'un moment aux tortures du reste de leur vie ? Auguste, comprenant tout ce qu'il y avait de faux et peut-être d'immoral dans cette situation, voulut que les esclaves du prévenu, lorsqu'ils devaient être mis à la question, fussent préalablement vendus au prince ou au public. De cette manière, ils pouvaient figurer dans toutes les accusations capitales. Tibère alla plus loin ; il les fit vendre à l'accusateur public. C'était favoriser l'accusation. Adrien et les Antonins rétablirent l'ancienne loi. Si les esclaves d'autres citoyens étaient mis à la question, l'accusateur en répondait à leur propriétaire [1].

Chez les Francs, le demandeur devait affirmer son accusation avec cinq cojurateurs [2]. Le défendeur qui

[1] ADAM, *Ant. rom.*, t. I, p. 416-417 ; J.-J. WEISS, op, cit., p. 88:145.

[2] Les *conjuratores* attestaient sous serment la bonne opinion qu'ils avaient de l'accusateur ou de l'accusé. Il ne faut pas les confondre avec les témoins, qui étaient entendus d'abord. Les cojurateurs de l'accusé venaient en quelque sorte corroborer son serment purgatoire.

On recourait aussi comme à un moyen de preuve aux ordalies ou jugements de Dieu. Les épreuves ne furent d'abord admises qu'à défaut de cojurateurs. Souvent l'accusé put ensuite opter entre le sermentdes cojurateurs et l'épreuve. Cette épreuve était ordinairement celle de l'eau bouillante. Le combat judiciaire était aussi une sorte d'épreuve qu'on

se prétendait innocent devait produire douze cojurateurs, ou même un plus grand nombre, suivant l'importance de l'affaire et celle des personnes. S'il s'agissait d'un meurtre, par exemple, le plaignant, soutenu par douze cojurateurs, sommait son adversaire de venir se purger par l'eau bouillante dans quarante jours. L'épreuve n'excluait pas les autres modes de preuve, tels que le témoignage [1].

L'aveu de l'accusé suffisait et dut suffire chez tous les peuples assez peu avancés dans la civilisation pour ne pas comprendre que le dévoûment ou le désespoir peut quelquefois porter à s'accuser injustement soi-même. Ce n'est donc qu'en cas de dénégation qu'on recourait aux preuves, aux témoignages d'abord, car la torture ne se rencontre pas chez les Francs. Tous les témoignages n'étaient pas recevables, et ceux qu'admettait la loi pouvaient être discutés par l'accusé. Les témoins qui n'étaient point reprochés ou contre lesquels les reproches étaient sans fondement ne pouvaient faire leur déclaration qu'à jeun, et les uns isolés des autres [2].

Suivant les Olegs (recueil des lois du IXe au Xe siècle, fait sous la régence et par les soins d'Oleg), dès qu'une fois le fait délictueux est bien constaté, la procédure est presque terminée ; ce qui reste de doute peut être dissipé par le serment du plaignant. On le croyait d'autant plus volontiers sur parole dans

rencontre chez tous les peuples d'origine germanique. (FAUSTIN HÉLIE. *Instr. crim.*, t. I, p. 216-244.)

[1] PARDESSUS, *Loi salique*.

[2] FAUSTIN-HÉLIE, op. cit., *ibid*.

les temps barbares, que les délits pour lesquels il y avait plainte étaient toujours graves, le plus souvent publics, et qu'il y aurait eu bien plus de danger que d'avantage à vouloir faire passer l'innocent pour coupable [1].

En Danemarck, avant la réforme que subit la preuve sous Harald IX (mort en 1080), la déposition sous serment de deux témoins avait pleine force de preuve. Après cette réforme, elle perdit son importance, surtout pour le plaignant. Tout son effet était d'obliger l'accusé à se soumettre à la preuve du fer rouge ou au jugement des *nævninger*. La preuve par témoins de l'accusé avait, dans certains cas, pleine force de preuve, ainsi que le témoignage des juges, pour ce qui s'était passé devant le tribunal (*thingswitna*).

Tous ces moyens de preuve, le témoignage excepté, n'étaient pas employés quand le coupable avait été pris sur le fait et amené lié devant le tribunal. Il était alors jugé d'après ses œuvres. Ce n'était que dans le cas de flagrant délit que l'accusateur avait le droit de lier ou d'enchaîner l'accusé sans plus de formalités. Dans tout autre cas, celui-ci ne pouvait être obligé qu'à fournir des cautions (*tak*).

Ces moyens n'étaient pas employés non plus quand le propriétaire d'une chose volée la retrouvait dans la maison d'un autre ou dans quelque endroit fermé. Celui qui, après avoir nié qu'il fût en possession de l'objet, en était trouvé nanti, était par cela seul traité comme voleur [2].

[1] Ewers (J.-Phil.-Gust.), *Das ælteste Recht der Russen*, etc., p. 132-138,
[2] Kolder., § 77, p. 149, § p. 78, p. 150.

Du reste, l'usage des cojurateurs a duré en Danemark jusqu'au XVI[e] siècle [1].

On voit cependant que la barbarie elle-même répugnait à l'usage des moyens de preuve irrationnels, tels que l'épreuve. Il fallait qu'une forte dose de superstition vînt s'ajouter à l'ignorance et à l'impéritie, ou que les moyens naturels de connaître la vérité fussent épuisés, pour qu'on recourût aux ordalies.

Dans l'incertitude, il semble que le renvoi ou l'acquittement, ou tout au moins l'ajournement de la sentence, soit le seul parti raisonnable. Cependant, on imagina autrefois un juste milieu qui pouvait n'être ni juste, ni un milieu entre la vérité et l'erreur, entre la justice et l'injustice. Dans plusieurs pays de l'Allemagne, notamment dans le Holstein, les tribunaux condamnaient le prévenu, sur des indices précis de culpabilité, non pas à subir la peine comminée par la loi, mais à une peine moindre, selon l'estimation du juge. Cette peine, appelée extraordinaire, n'était prononcée que dans les circonstances où la Caroline autorisait la torture, quoique la loi de Charles-Quint ne punît pas sur des indices. Une ordonnance du 27 mars 1843 introduisit la preuve par indices, et maintenant l'accusé peut être condamné, en vertu de cette preuve, à la peine légalement comminée, excepté pour la peine de mort; le juge doit alors la commuer en celle de la privation perpétuelle de la liberté [2].

C'est faire peu de cas de la justice, et l'on s'étonne à

[1] Ils disparaissaient vers la fin du règne de Christian II.

[2] *Rev. du dr. fr. et étr.*, nov. 1844, p. 834 et s.

bon droit que cette barbarie soit arrivée jusqu'à nous. J'aime mieux ce scrupule excessif qui prescrivait au juge polonais de ne prononcer que d'après ce qu'il connaissait au moyen de l'instruction ou des preuves. Ce qu'il savait personnellement ne pouvait servir d'élément de preuves contre l'accusé; il devait, comme le confesseur, le garder pour lui. Je ne m'étonne cependant pas que cette législation du XVI[e] siècle (1539) ait été blâmée [1].

Ce n'est pas toutefois pour avoir manqué de lumières, ou du moins pour avoir négligé de réfléchir à la théorie des preuves, que le législateur badois, en particulier, a donné dans l'erreur dont nous venons de parler; c'est pour avoir, au contraire, subtilisé mal à propos [2], pour s'être trop défié des lumières et de la conscience du juge, et surtout pour avoir plus redouté de laisser un coupable impuni que de frapper un innocent. Pour mieux faire comprendre notre critique, il convient d'entrer dans quelques détails. Suivant le Code badois, par exemple, la preuve est directe ou indirecte. Les moyens de preuve directe sont: l'inspection oculaire, le rapport d'experts, l'aveu, la déposition de deux témoins idoines, les titres authentiques.

La preuve indirecte ou par indices ne suffit jamais à elle seule pour prouver, outre le corps de délit subjectif (c'est-à-dire l'identité de la personne avec l'auteur de l'acte incriminé et sa culpabilité), le corps de délit

[1] Par Gornicki entre autres. (Maciejowski, 3[e] pér., p. 340.)

[2] Le Code badois renferme une théorie de la preuve en vingt-quatre articles.

objectif, c'est-à-dire l'existence de l'*objectum delicti*.

La preuve par indices est une preuve artificielle, et les moyens de ce genre peuvent être trompeurs. Si le crime prouvé par la preuve indirecte (appuyée comme elle doit l'être de la preuve directe quant à la constitution du corps du délit objectif) est puni par la loi de la peine de mort, le juge substitue à cette peine celle des travaux forcés à perpétuité[1].

On sera peut-être étonné que la procédure criminelle des Etats-Unis contienne des dispositions analogues à celles dont nous parlons. Eh bien ! elle défend aux jurés de former leur déclaration d'après leur intime conviction seulement, mais bien encore et surtout d'après certaines règles concernant la preuve. On ne nous dit pas comment cette défense peut être imposée, car il ne suffit pas, pour forcer le sanctuaire de la conscience, de décider que les jurés devront être unanimes; que le juge devra rendre les jurés attentifs aux règles posées par la loi sur les preuves; qu'il sera tenu de les leur expliquer, d'y revenir principalement dans son résumé, de s'y attacher presque uniquement[2].

[1] Cette analyse est de Rauter. V. sur le *corpus delicti* en général, SANDOZ (E.), *De corpore delicti;* Lugd. Batav., 1783.

[2] TITTMANN. *De l'organisation judiciaire, du doit pénal et de la procédure criminelle dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord* (en allem.). Compte-rendu de Rauter, *Rev. de dr. fr.*, etc., 1848, t. V. p. 843-851. J'ajoute ici quelques détails qui ne sont pas sans intérêt. « La preuve directe et la preuve indirecte sont également admises, excepté en matière de haute trahison; et dans plusieurs Etats, s'il y a crime capital, alors la preuve indirecte ne suffit pas : il faut la preuve directe, le témoignage *de visu proprio* de deux témoins et plus, s'il est possible. Les avocats sont dispensés de déposer sur les affaires de leurs clients, mais non pas les confesseurs et les chirurgiens. Après l'audition des témoins, les débats,

CHAPITRE VII

De l'aveu.

SOMMAIRE

1. Importance de l'aveu; — mais il faut qu'il soit vrai; — on doit s'en assurer.
2. Le silence de l'accusé ne peut être considéré comme un aveu, quoiqu'il engendre une présomption défavorable.
3. Législation anglaise; — différence avec celle des Etats-Unis, qui ne veut pas même qu'on interroge l'accusé sur le fait de l'accusation devant le petit jury.
4. L'accusé peut être convaincu par ses actes, par ses écrits.
5. Différence entre l'expert en matière d'écriture, par exemple, et le témoin.
6. L'aveu était, chez les Athéniens, une circonstance atténuante. — Il n'est pas toujours de nature à inspirer de l'intérêt.
7. L'aveu, chez les Barbares, était décisif. — Autres moyens de preuve à son défaut.
8. Législation espagnole sur l'aveu.
9. Législation des Etats-Unis sur le même sujet.

C'est beaucoup d'avoir l'aveu de l'accusé, mais il ne suffirait pas s'il n'était pas de nature à produire par

l'accusateur public a la parole le dernier. On attache plus d'importance à l'interrogatoire des témoins qu'à l'accusation ou à la défense. Le juge résume les débats, sans qu'il lui soit permis d'exprimer une opinion personnelle sur le mérite de l'accusation ou de la défense. Si dans le délai de deux jours au moins les jurés ne tombent pas unanimement d'accord, la Cour renvoie l'affaire devant un autre jury. L'accusé condamné a le droit de demander à chaque juré si c'est bien là son opinion. Si l'un des jurés retire son vote, le verdict est nul; on procède à un nouvel examen. Si le juge trouve que le verdict est contraire aux règles de la preuve, il renvoie les jurés délibérer de nouveau. Il peut y avoir recours contre le verdict porté devant la Cour même afin de prévenir la sentence, ou devant la Cour supérieure jugeant sans jurés.

lui-même la conviction, c'est-à-dire s'il n'était pas accompagné de circonstances telles qu'il dût être réputé vrai[1]. Ce n'est pas un simple aveu qu'on cherche, c'est un aveu sincère. On ne veut pas une responsabilité toute généreuse, mais une responsabilité méritée ; on n'entend point frapper un innocent qui se mettrait à la place du coupable, mais le vrai coupable seulement. L'aveu spontané de l'accusé ne suffirait donc, pour motiver la condamnation, qu'autant qu'il serait appuyé de la plus grande vraisemblance ; à plus forte raison manquerait-il de la force nécessaire pour y asseoir une sentence, s'il n'avait été obtenu que par surprise, par des rapprochements inattendus et captieux, par l'intimidation ou la violence[2].

Le silence de l'accusé, quelque obstiné qu'il puisse être, ne saurait tourner contre lui. Il est sans doute présumable que celui qui refuse de dire la vérité ne l'a pas pour soi, et qu'il craint ou de mentir en la niant, ou d'être démenti par les témoignages ou les

[1] Dans la jurisprudence des Juifs, l'aveu du coupable ne suffisait pas pour le faire condamner, et il pouvait quelquefois prévenir la peine proprement dite. Ainsi avouait-on qu'on eût pris un meuble, un animal, etc., on était tenu de le restituer, mais non d'ajouter le double, le triple, le quadruple de la valeur au prix de la restitution (*Misna*, t. III, p. 67). Il fallait, pour que l'aveu fût reçu, l'appui de deux témoignages.

[2] L'interrogatoire était précédé de l'information dans la jurisprudence des Juifs ; l'accusé était assis en un lieu plus élevé, vêtu de noir, et la chevelure négligée (JOSÈPHE, XIV, 9, § 4 ; GODWIN, V, ch. 6, § 4). On invitait les témoins, ainsi que l'accusateur, à penser que le sang qu'ils allaient faire répandre ne cesserait de crier contre eux s'il était versé injustement ; et on leur citait l'exemple de Caïn et Abel (MAIMONIDE, *De synedr.*, c. XII et XIII ; SELD., *De synedr.*, II, c. XIII, § 3). Les expressions employées envers l'accusé respiraient presque toujours l'humanité et une sorte de bienveillance (*Misna*, t. III, p. 186).

faits, ou de tomber dans des contradictions accablantes. Ces craintes sont ou légitimes, comme la première, ou très naturelles. Mais elles ne sauraient raisonnablement passer pour un aveu. Elles le peuvent d'autant moins que l'aveu n'est pas juridiquement obligé : les hommes, excepté ceux qui ont organisé les tribunaux de l'inquisition, n'ont pas fait une loi de l'accusation de soi-même ; la loi naturelle de la défense de soi-même, l'instinct de la conservation, l'aurait rendue à peu près inutile.

Que dire donc de la législation anglaise, qui ordonne de faire descendre dans un cachot obscur l'accusé silencieux ; de l'étendre par terre dépouillé de tous ses vêtements et couché sur le dos ; de charger sa poitrine ou son estomac d'un poids énorme ; de ne lui donner pour toute nourriture, dans cet état, que trois morceaux de pain et trois verres d'eau stagnante, et jamais ensemble ! Il boit et mange alternativement de deux jours l'un[1] ! On pense bien, dit Pastoret, que la mort ne tarde pas à mettre fin à ce supplice[2].

L'accusé peut être convaincu non-seulement par

[1] BLACKSTONE, ch. 25. La loi autrichienne est un peu moins inhumaine. Le refus de répondre, après l'arrestation, entraîne la prison, le jeûne, la bastonnade (art. 293, 363-365). Cf. art. 380 et 344, II[e] part. du *Code autr.*

[2] *Des lois pénales*, t. I, 1[re] part., p. 118.

Je ne sais comment PHILIPPS (*Englische Reichs und Rechtsgeschichte*, etc.) pourrait justifier cette partie de la procédure anglaise, lui qui prétend que, pour la comprendre, il faut se placer au point de vue de cette législation même, laquelle considère dans les délits non pas la culpabilité morale de l'agent, mais le tort occasionné. Cet auteur remarque lui-même que ce point de vue est commun à la législation anglaise et à la germanique ; et cependant quelle différence dans la procédure ! Ce point de vue n'explique donc pas tout. Cf. PHILIPPS, op. cit., t. II, p. 252.

son aveu, mais encore par ses actes, par ses œuvres, lorsqu'il est d'ailleurs bien constant qu'elles sont de lui : par exemple, par ses écrits. Mais on sait combien l'art des experts est conjectural : ne serait-ce pas une raison pour qu'en matière d'écriture, surtout, on ne se contentât pas de l'opinion d'un seul homme, ni même de deux ? Il est remarquable que l'expert ne dit pas que deux écritures, par exemple, soient ou ne soient pas de la même main, mais qu'elles se ressemblent ou ne se ressemblent pas. De là à la conclusion de l'identité ou de la diversité des auteurs une distance que la logique ne permet pas de franchir. L'expert, en pareil cas, ne mérite donc pas la même confiance que le témoin, pas même lorsqu'il ne prononce que sur la similitude ou la différence. Il dit plutôt ce qu'il croit voir que ce qu'il voit.

Les Athéniens avaient sagement décidé que l'aveu du délit avant le jugement serait une circonstance atténuante. Il y a cependant tel aveu dicté par le fanatisme du crime ou la rage de la vengeance, qui est peu propre à rassurer la société et à concilier au coupable la pitié de ses juges.

Nous avons déjà remarqué qu'il est naturel que des peuples barbares se contentent de l'aveu de l'accusé. C'est effectivement ce qui avait lieu chez les Francs, par exemple. Ce n'était qu'à défaut de l'aveu qu'on recourait aux autres moyens de preuve, à la preuve testimoniale, tant à charge qu'à décharge ; aux cojurateurs qui attestaient, comme on l'a dit déjà, non pas précisément l'innocence ou la véracité de leur homme, mais la bonne opinion qu'ils en avaient. Cette attesta-

tion n'avait donc rien qui enlaçât la conscience des juges lorsque la loi elle-même ne leur faisait pas un devoir de se rendre à une telle présomption. Aussi les cojurateurs n'étaient pas admis lorsqu'il s'agissait de faits attestés, d'ailleurs, par des témoins oculaires [1].

La législation espagnole renferme des dispositions curieuses à l'endroit de l'aveu. Le juge, assisté d'un greffier, reçoit une sorte de *confession* sous serment de la part de l'accusé, et doit la tenir secrète. Pour que cette confession soit légale, elle doit être reçue par le juge compétent, ayant contre le prévenu un témoin oculaire irrécusable, ou des preuves qui produisent déjà une demi-conviction.

La déclaration ne doit pas être confondue avec la confession. Elle doit être reçue dans les vingt-quatre premières heures de prison. La déclaration se fait pour l'enquête (*para inquirir*), la confession pour charger (*para gravar*). On ne demande pas d'un accusé qu'il déclare s'il a commis le crime, mais s'il sait qui l'a commis; dans la confession, il doit dire, au contraire, s'il est le coupable. Mais le juge ne doit jamais plaider le faux pour savoir le vrai.

Passé la discrétion obligée du juge et l'espèce de solennité religieuse donnée à cette partie de l'instruction, il n'y a rien là cependant qui ne se rencontre aux époques et dans les pays où l'accusé est soumis au serment préalable. Nous remarquerons, toutefois, qu'il serait plus prudent, plus religieux et plus sensé

[1] PARDESSUS, *Dissertat.* 11e.

d'exiger le serment de l'accusé à l'appui de la déclaration qu'à l'appui de la confession.

Aux Etats-Unis, l'accusé est d'abord interrogé. S'il se reconnaît coupable, il passe pour convaincu; s'il nie sa culpabilité, on procède à la formation du grand jury, qui prononce sur la culpabilité et renvoie devant le petit jury. Le petit jury se compose ordinairement de douze membres, et de trente dans les affaires capitales[1].

[1] Nous croyons devoir donner ici quelques détails, d'après Tittmann, analysé par Rauter, ouvrage cité. « L'instruction préliminaire est faite par le juge de paix, et la mise en accusation, prononcée par le grand jury, composé de plus de douze jurés, mais jamais de plus de soixante-douze, pris partie à tour de rôle, partie par le sort; procédant en séance secrète sur l'acte d'accusation qui leur est soumis par le procureur de l'Etat, et d'après l'audition de témoins déjà entendus par le juge de paix et d'autres s'il y a lieu. Le grand jury ne s'occupe pas des moyens à décharge. Le renvoi de la plainte n'empêche pas que le grand jury de l'une des cessions suivantes ne mette de nouveau l'inculpé en accusation pour le même délit. L'avis affirmatif de douze jurés est nécessaire pour que l'accusation soit admise. Le jury de jugement ou petit jury procède sous la direction de la Cour (composée ordinairement d'un seul juge, comme en Angleterre, et du greffier). Dans l'Etat de l'Ohio, le jury est tiré au sort sur un nombre triple de citoyens cités à cette fin. Le procureur de l'Etat et l'accusé ont le droit de récusation péremptoire à l'égard d'un certain nombre de jurés; devant la Cour fédérale de l'Union, l'accusé a seul ce droit. La récusation motivée est admise aussi; elle est indéfinie quant au chiffre, mais les motifs sont jugés sur-le-champ par la Cour. L'accusé n'est pas obligé de témoigner contre lui-même devant le jury; son aveu ne suffit donc plus pour convaincre de sa culpabilité, et il ne peut être interrogé sur le fait de l'accusation. L'accusé a le droit de voir face à face les témoins produits contre lui. Les dépositions écrites à sa charge ne peuvent être admises que de son consentement exprès. L'accusateur public et l'avocat de l'accusé interrogent les témoins alternativement, comme à Rome; le juge ne peut interroger que subsidiairement. »

CHAPITRE VIII

Du témoignage.

SOMMAIRE

1. Utilité, nécessité de la preuve testimoniale.
2. Règles critiques. — Observations sur une opinion de Beccaria relative au jury.
3. Dispositions des lois de Manou relativement au témoignage judiciaire.
4. Mesures prescrites par la loi juive sur cette matière.
5. Lois d'Athènes sur le même sujet.
6. Lois de Rome.
7. Bizarrerie de la loi des Bourguignons.
8. Nécessité de récoler les témoignages.
9. Du serment des témoins. — La Chine. — Utilité conditionnelle du serment des témoins.
10. Loi des Allemands.
11. Aspects divers du faux témoignage; comment il a été puni.
12. Confrontation des témoins avec l'accusé.

Le témoignage serait encore utile pour s'assurer de la vérité de l'aveu ; il est nécessaire pour y suppléer.

La preuve testimoniale, malgré son incertitude, est encore la plus forte. Il y a d'ailleurs telles circonstances dans un témoignage qui ne permettent pas à un esprit sérieux d'en révoquer en doute la vérité. Qu'il nous soit permis, vu l'importance du sujet, de rappeler les principes qui régissent la matière.

Il faut se défier, en général, de tout témoignage qui peut-être passionné, soit par intérêt, soit par esprit de parti, de secte, etc. En comprenant sous le mot *intérêt* tout ce qui peut porter les hommes à s'écarter

sciemment de la vérité dans leurs témoignages, il y a trois positions à distinguer, suivant que le témoin est intéressé à déposer comme il le fait, suivant au contraire qu'il ne l'est pas, suivant enfin que son intérêt serait de déposer tout autrement. On peut donc établir les principes suivants :

1° Un témoin est d'autant plus suspect que les raisons qui peuvent porter à mentir sont plus fortes.

2° Si la raison de mentir est nulle, dit Bentham, le témoignage de l'homme le plus pervers est aussi certain que celui de l'honnête homme. Nous remarquerons, toutefois, que les hommes à imagination, lors surtout qu'ils ont l'habitude de respecter peu la vérité, peuvent s'en écarter sans mauvais vouloir, mais par une sorte d'entraînement et de besoin habituel.

3° Pour décider si le témoignage n'est l'effet d'aucune passion il faut faire attention :

A la personne du témoin. S'il est homme privé ou public ; s'il exerce une profession, et quelle profession ; s'il est ou non réputé comme honnête homme, etc. ;

A la personne pour ou contre laquelle il témoigne, et à ses rapports intimes avec le témoin ;

A la nature du fait. La crédibilité d'un témoignage est d'autant moins probable, dit Beccaria, que la culpabilité est plus grande ou que les circonstances sont plus invraisemblables.

4° L'opinion d'un expert et la déposition d'un témoin méritent d'autant plus de confiance que les raisons qui auraient pu les déterminer à déposer autrement sont les plus fortes.

5° Il faut entendre, sauf à les apprécier, les déclarations même des enfants et des femmes, en un mot, de tous ceux qui peuvent éclairer la justice, ou du moins la mettre sur la voie de la vérité.

6° Il ne faut ni rejeter absolument, comme le propose Beccaria, le témoignage d'un seul individu, ni admettre absolument celui de deux, par les raisons suivantes : 1° tout accusé a intérêt à nier ce dont on l'accuse, et tout témoin n'est pas nécessairement intéressé ; 2° un seul témoin qui dépose contre son intérêt est plus croyable que deux autres qui déposent dans le sens du leur ; 3° mille raisons peuvent établir la moralité d'un témoin sans qu'il y en ait une seule en faveur de celle de l'accusé ; 4° un témoin peut être soumis à un interrogatoire tel, que ses réponses coïncident avec des faits que ce témoin ne pouvait connaître, et inspirent ainsi la certitude dans l'esprit de chacun : en morale il s'agit moins du nombre que du poids ; 5° il peut arriver que le fait soit si simple, que les questions soient très faciles à prévoir, et que deux faux témoignages soient d'accord sans qu'il y ait eu connivence, 6° toutes les questions relatives au fait peuvent n'avoir pas été adressées ; 7° plus une nation est corrompue, plus il est facile de trouver deux faux témoins à bas prix ; 8° plus un homme est engagé dans les affaires, plus il est facile qu'il ait deux ennemis.

7° La force des témoignages dépend : 1° de la capacité des témoins, 2° de leur intégrité, 3° du défaut de motifs de mentir, 4° du nombre et de la concordance des réponses faites par des témoins

isolés, 5° de l'accord des réponses avec le cours ordinaire de la nature, 6° de l'accord de témoins opposés, 7° de la nature du fait attesté, 8° du caractère de la personne inculpée.

Et comme chacun de ces éléments est susceptible de plus et de moins dans différents cas, sans qu'on puisse exprimer ni définir exactement le point où il y a certitude, il arrive souvent qu'il y a doute. D'autres fois, et dans des circonstances identiques en apparence, il y a certitude. La loi ne peut donc assigner des circonstances précises où un témoignage devra opérer la certitude.

8° Il y a une autre espèce de témoignage qu'on appelle littéral ou écrit, qui a tantôt plus, tantôt moins de force, car l'écriture peut être contrefaite par une main ennemie ; l'écrit peut avoir été extorqué par la crainte, la violence, ou surpris dans un état d'ivresse. Mais si l'accusé reconnaît que l'écrit est émané de lui, que des témoins dignes de foi l'attestent, que des experts jugent qu'il est effectivement de lui, il en peut alors résulter une preuve. Il est bon d'observer pourtant, au sujet de l'expertise, que l'écriture varie chez un grand nombre d'hommes suivant : 1° l'âge, 2° la disposition physique et morale au moment où l'on écrit, 3° la nature et la taille de la plume dont on se sert, 4° le papier et même l'encre qu'on emploie, 5° la position commode ou incommode où l'on se trouve, 6° l'attention que l'on met à cette opération, etc.

Les circonstances prises de l'accusé et qui servent à éclairer la religion du juge se tirent : 1° du caractère habituel de l'accusé, d'accord ou non avec le

délit ; 2° des motifs actuels qui ont pu l'y porter ou l'en détourner ; 3° de sa force physique proportionnée ou disproportionnée aux obstacles ; 4° des moyens de perpétration qui étaient en son pouvoir ; 5° du temps et du lieu favorables ou contraires à l'exécution du fait, et des circonstances antécédentes, par exemple d'amitié, de haine, de jalousie, etc. ; 6° des circonstances concomitantes, par exemple le bruit, la fuite, la pâleur, la proximité du lieu où le délit s'est commis ; 7° des circonstances subséquentes, par exemple des taches de sang sur les vêtements, les effets de la victimes trouvés en la possession de l'accusé, etc [1].

Cependant quelques-unes de ces circonstances considérées isolément semblent quelquefois péremptoires, quand néanmoins elles ne sont qu'apparentes et que, réunies ou combinées avec d'autres, elles prêtent à une conclusion différente [2].

Avant de quitter cette matière, nous relèverons une erreur de Beccaria. Ce criminaliste prétend que l'ignorant qui apprécie par le sentiment toutes les circonstances dont nous venons de parler est moins en danger de se tromper que celui qui cherche à les apprécier rationnellement. D'abord, le sentiment n'est ici que la conséquence de l'idée. C'est donc à l'intelligence que revient en définitive l'honneur d'une bonne décision quand elle a lieu. Mais hâtons-nous d'ajouter que cet instinct, ce tact moral dont on parle, n'est que le vague même des idées, et qu'en général, un

[1] Gioja, *Logique*, t. IV, p. 120, en italien.
[2] *Ibid.*, p. 118, 119 et suiv.

homme qui saura mieux se rendre compte de ses impressions ne se décidera que plus sûrement. Quels sont ceux, des ignorants ou des hommes instruits, des hommes habitués à démasquer les fourberies, tels que des juges de profession ou des hommes qui n'ont aucune expérience du crime, qui sont les plus faciles à induire en erreur ? Les chevaliers d'industrie ne s'y trompent guère.

Le danger, pour celui qui a l'habitude de se rendre compte de ses pensées, est ici de ne juger que sur une partie des faits, de ne pas embrasser et combiner toutes les données ; ce que ne fait pas l'ignorant, qui n'analyse point, mais qui s'en tient à une vague impression de l'ensemble. Mais tous les ignorants n'ont pas cette sagesse ou cette faiblesse ; il en est qui s'attachent à une circonstance et qui s'y tiennent bien plus exclusivement encore que ceux qui ont l'habitude de saisir des ensembles, de comparer et de réfléchir, de raisonner avant de juger définitivement. Aussi l'ignorant court le même risque de se tromper que l'homme instruit, de la même manière, et avec moins de chance encore de se prononcer contre l'erreur ou de la découvrir. De plus, quand il procède autrement, quand il s'en tient à la vague impression de l'ensemble, il s'abstient plutôt de juger par impuissance de le faire, qu'il ne juge par connaissance motivée ; il acquittera moins par persuasion de l'innocence ou par la vue nette de l'insuffisance des charges, que parce qu'il ne voit ni la culpabilité ni l'innocence, et que, dans cet état de complète obscurité, ce qu'il a de mieux à faire, évidemment, c'est de ne rien faire.

Voyons à présent jusqu'à quel point les règles que nous venons de tracer ont été entrevues par les législations des différents peuples.

L'ancien législateur de l'Inde met dans la bouche du juge une admirable allocution aux témoins ; il les prend par tous les intérêts, par la considération des biens et des maux de la vie présente et de la vie future, du bien privé et du bien public [1]. Du reste, un grand nombre d'incapacités sont indiquées par la loi : les unes sont raisonnables, les autres n'ont de fondement que dans les préjugés religieux, moraux et politiques. Le témoignage d'un grand nombre de femmes honnêtes, y est-il dit, ne vaut pas la déposition d'un seul homme. Après toutes ces belles paroles adressées aux témoins pour les exhorter à dire la vérité, le législateur, égaré par un faux zèle de religion, dit cependant qu'il est permis de mentir en justice par un pieux motif, par humanité, lorsque la faute n'est, pour ainsi dire, que matérielle. Ce mensonge autorisé ne dispense cependant pas celui qui le fait de recourir à des pratiques expiatoires.

Le législateur indien a compris qu'en blessant la vérité dans l'intérêt même de l'humanité, de la justice, il y avait encore une sorte de faute. Il aurait été plus simple de distinguer profondément le délit matériel et le délit formel, de ne punir que celui-ci, et de laisser dire toute la vérité sur celui-là. Mais l'entendement humain est si esclave des mots et des formes, il est si essentiellement pharisaïque, que partout la

[1] Manou, VIII, 80-101.

lettre a tué l'esprit, surtout quand on n'a pas su faire littéralement la part de l'esprit. A part cette antinomie apparente entre la justice et la vérité, le législateur indien professe le plus saint respect pour le serment. Il ne veut pas qu'on le fasse en vain, excepté dans certains cas que nous verrons bientôt[1]. Il n'est déféré aux parties qu'à défaut de témoignages. D'ailleurs, la vérité du serment est contrôlée, s'il y a lieu par l'épreuve du feu et de l'eau.

La même loi admet un grand nombre de raisons d'incapacité en matière de témoignage : le sexe, l'âge, les infirmités, l'inconduite, la condition basse ou servile, une position trop relevée, etc.; cependant, s'il n'y a pas d'autres témoins que des incapables en principe, en matière grave surtout, le juge reçoit leur déposition, mais il doit la tenir pour faible. S'il s'agit de violence, de vol, d'adultère, il ne doit pas regarder de trop près à la compétence des témoins[2]. Le nombre des témoignages pèse plus dans les lois de Manou que leur qualité; on ne les pèse qu'en cas de partage[3].

L'allocution adressée par le juge au témoin est remarquable : Déclarez avec franchise, dit-il, tout ce qui s'est passé à votre connaissance dans cette affaire entre les deux parties réciproquement, car votre témoignage est ici requis[4]. Manou fait ensuite ressortir très longuement tout le mal qu'il y a à tromper la justice par un faux témoignage, et les châtiments qui

[1] *Lois de Manou.* VIII, 63-71, 77. Voy. p. 702 ci-après, note.
[2] *Ib.*, 72.
[3] *Ib.*, 73.
[4] *Ib.*, 80.

sont réservés au faux témoin dans une autre vie[1].

En attendant, le faux témoignage est puni sévèrement dans la vie présente : c'est l'amende, le bannissement, le talion[2]. On va malheureusement jusqu'à le présumer par des motifs d'une superstition déplorable. Le témoin auquel, dans l'intervalle de sept jours après la déposition, il survient une maladie, un accident par le feu, ou la mort d'un parent, doit être condamné à payer la dette (au sujet de laquelle il a témoigné) et une amende[3].

Par compensation sans doute, ou parce que la fin justifie les moyens, le faux témoignage est quelquefois permis, ordonné même. Dans certains cas, celui qui, par un pieux motif, dit autrement qu'il ne sait, n'est pas exclu du monde céleste ; sa déposition est appelée parole des dieux[4]. Toutes les fois que la déclaration de la vérité pourrait causer la mort d'un soudra, d'un vaisya, d'un kchatriya, d'un brahmane (lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans un moment d'égarement, et non d'un crime prémédité), il faut dire un mensonge ; il est, dans ce cas, préférable à la vérité[5]. Que les témoins qui ont ainsi menti par un motif louable, offrent à Saraswati des gâteaux de riz et de lait consacrés à la déesse de la parole, pour faire une expiation parfaite du péché de ce témoignage[6], ou bien que le témoin répande dans le feu, suivant la

[1] *Lois de Manou*, VIII,, 81-101.
[2] *Ib.* 118-123.
[3] *Ib.* 108.
[4] *Ib.*, 103.
[5] *Ib.*, 104.
[6] *Ib.*, 105.

règle, une oblation de beurre clarifié, adressée (à la déesse des prières) en récitant des oraisons du Yadjour Véda, ou l'hymne à Varonna, qui commence par *Oud*, ou bien les trois invocations aux divinités des eaux[1]. Naïf et honnête rituel !

Deux considérations surtout ont préoccupé les législateurs relativement à la valeur des témoignages : c'est le nombre des témoins d'une part, et leur qualité de l'autre.

En Judée, un seul témoin ne suffisait pas si l'accusé appartenait à la grande famille d'Israël ; il pouvait suffire si l'accusé n'était qu'un prosélyte de domicile, ce témoin fût-il parent de l'accusateur, la peine à infliger fût-elle la mort, un seul juge fût-il appelé à la prononcer[2]. Mais cette exception n'est pas mentionnée dans le Deutéronome[3]. En cas d'adultère, un seul témoin suffisait pour que la femme pût être condamnée ; et ce témoignage unique pouvait même être celui d'un esclave. Cependant si deux témoins déposaient en même temps en faveur de l'accusée, elle était soumise à l'épreuve des eaux amères ou de probation.

On entendait à la décharge des accusés toutes les personnes qui pouvaient donner des renseignements favorables. D'un autre côté, le faux témoignage était puni de la peine portée contre le délit qu'il imputait. Le désaccord des témoignages en détruisait naturellement la force.

[1] *Lois de Manon*, VIII, 106.

[2] RELAND, *Palestina ex monumentis*, etc., II, 8, § 12 ; SELDEN, *De jure nat. et gent.*, IV, 1, p. 482.

[3] XIX, 15 ; XVII. 6 ; *Nombr.*, XXXV, 30 ; v. 13. Voy. *Misna*, t. III, p. 179.

Ne pouvaient être témoins : les usuriers, ceux qui vendaient les fruits de la septième année, ceux qui jouaient aux jeux de hasard, les femmes, les esclaves, ceux qui formaient les colombes à voler et les animaux à combattre, les impubères, les insensés, les aveugles, les sourds, les impies, les gens infâmes, les étrangers, les parents. Pouvaient cependant témoigner les six premières classes s'il n'était question que d'affirmer la mort d'un époux, afin que la veuve pût se remarier; s'il fallait attester la souillure d'une femme accusée d'adultère, pour qu'elle n'eût plus à boire les eaux amères, et dans tous les cas défendus par les docteurs juifs, sans qu'ils l'aient jamais été par la loi [1].

Les femmes ont été écartées par la raison peu solide que le Deutéronome emploie le masculin en parlan des témoins. Josèphe y ajoute la hardiesse et la légèreté de leur sexe; mais ce motif n'est pas plus énoncé que le premier dans les ouvrages de Moïse [2].

Moïse ne parle pas davantage de l'exclusion de ceux qui instruisent les pigeons à voler; la loi traditionnelle l'a seule prononcée, sur le prétexte que les pigeons, ainsi formés, sortent et en ramènent d'autres qui enrichissent le colombier de leur maître [3].

Si lés témoignages des esclaves n'étaient pas admis, c'est par ce motif que l'Ecriture emploie le mot *frères*, et que ce mot ne peut convenir qu'à des hommes

[1] *Misna*, t. II, p. 322; III, préf. et p. 252; IV, c. 221. L'exclusion de l'aveugle est fondée sur le mot *voir*, employé par le *Lévitique*, v, 1; celle de l'impie sur l'*Exode*, XXIII, 1.

[2] *Deutér.*, XVII, 6; JOSÈPHE, IV, 8, p. 15.

[3] SELDEN, *De jure nat. et gent.*, IV, c. 5 et 11.

libres. Les esclaves ne pourront être témoins, ajoute encore Josèphe, à cause de la bassesse de leurs sentiments; l'intérêt ou la crainte les empêcherait vraisemblablement de dire la vérité. L'Ecriture veut, d'ailleurs, que le témoin soit de la même condition que l'accusé [1]. Les étrangers avec lesquels on n'avait rien de commun pour les propriétés, le culte, etc., devaient être repoussés [2]; les vendeurs des fruits de la septième année, parce que le législateur permettait seulement de se nourrir de ces fruits. Ceux que l'avarice engageait à violer la loi laissaient craindre, suivant l'observation de Salomon Jarchi, qu'ils ne fussent séduits par l'argent qu'on leur offrirait pour rendre un faux témoignage. Mais quand les Juifs eurent des rois et des tributs à leur payer, ils purent vendre ces fruits pour acquitter l'impôt, sans pour cela devenir incapables de témoigner, sur le fondement qu'ils ne vendaient plus volontairement et pour eux-mêmes, mais pour un autre et par nécessité [3]. Le pontife n'était jamais entendu comme témoin, par respect pour sa dignité [4].

Celui qui avait reçu de l'argent pour témoigner et qui en avait été puni, redevenait capable [5].

Le témoignage était sans valeur si ceux qui le portaient n'étaient pas d'accord sur le même fait dans toutes ses parties [6].

[1] *Deutér.*, XIX, 19; JOSÈPHE, IV, 8, § 15.
[2] WAGENSEILIUS, *in Misna*, III, p. 252,
[3] *Misna*, t. I, p. 322, 323.
[4] SELDEN, *De synedr.*, II, 13, § 11; III, 8, § 4.
[5] *Misna*, p, 323; SELDEN, *De synedr.*, II, 13, § 6.
[6] MAIMONIDE, *De synedr.*, c. 20; SELDEN, *De synedr.*, II, 13, § 10.

La fausse déposition entraînait la peine qu'aurait subi l'accusé s'il eût été condamné d'après ce témoignage[1]. On pouvait être à la fois juge et témoin, et ceux qui témoignaient étaient ordinairement les exécuteurs des coupables[2].

Les mahométans tiennent que pour tous les délits emportant peines afflictives, les témoins peuvent témoigner ou s'abstenir, parce qu'il est dit dans le Coran : « Dieu, dans ce monde-ci et dans l'autre, tirera un voile sur les crimes de celui qui cachera les vices de son frère musulman. »

Pour tous les cas de crime, excepté l'adultère, la déposition de deux hommes suffit. Les ivrognes, les joueurs, les usuriers sont incapables de témoigner, ainsi que les esclaves et les infidèles. On ne témoigne pas non plus contre ses ascendants ou ses descendants. Le faux témoignage est passible de l'amende et du fouet si la fausse accusation porte sur l'adultère. Dans les causes de propriétés, le faux témoin subit l'exposition publique.

Il paraîtrait qu'en général, le faux témoignage est plus commun chez les mahométans que chez les chrétiens[3].

D'après la loi d'Athènes, le témoin assigné devait comparaître, sous peine d'amende. Il faisait serment de dire la vérité. On distinguait deux ordres de té-

[1] *Exod.*, XX, 16 ; *Deutér.*, V. 20 ; XIX, 16-21 ; XXII, 13, 18, 19 ; *Prov.*, XIX, 5 et 9 ; XXI, 28 ; *Daniel*, XIII, 61-62 ; JOSÈPHE, IV, 8, § 15.

[2] MAIMONIDE et BARTENDRA, *in Misnam*, I, p. 196 ; *Deutér.*, XIII, 9 ; XVII, 5 ; *Misna*, *De synedr.*, 6 ; SELDEN, *De synedr.*, XIII, § 3.

[3] *Histoire du Mahométisme*, par MILLS, p. 263-264 de la traduction française. Voy. ce que nous avons dit précédemment à propos du parjure.

moins, les oculaires et les auriculaires, c'est-à-dire ceux qui avaient perçu le fait et ceux qui ne le connaissait que par ouï-dire. La déposition devait être faite par écrit. Le témoignage de ceux qui avaient subi une condamnation d'infamie, celui des esclaves n'étaient pas recevables. La déclaration de l'esclave avait cependant une certaine valeur lorsqu'elle était arrachée par la torture. Le témoigage des proches et des amis était facultatif de leur part. Les faux témoins étaient punis dans leur honneur et dans leurs biens.

A Rome, le faux témoin était précipité du haut de la roche Tarpéïenne, d'après la loi des Douze Tables. Plus tard, le juge prononçait telle autre peine qu'il jugeait convenable.

Les témoins n'étaient entendus qu'après les plaidoiries; ils étaient produits par les parties et interrogés par elles ; le président n'était que le modérateur de ces investigations. Après les dépositions, les parties se questionnaient d'une manière pressante, et cette phase du drame judiciaire portait le nom d'*altercations*.

Les témoins étaient, du reste, volontaires ou involontaires. L'accusateur seul pouvait produire de ces derniers. Le nombre des uns et des autres pris ensemble était limité ; ordinairement il n'excédait pas dix. Les absents pouvaient témoigner par écrit ; mais il fallait que ces dépositions fussent libres et certifiées elles-mêmes par des témoins. Le témoignage des infâmes n'était pas admis.

Les femmes ne furent d'abord reçues à témoigner qu'en matière de délits politiques, à l'occasion des-

quels l'impunité fut promise aux calomniateurs, bien que la peine réservée à ces sortes de crimes fût l'interdiction du feu et de l'eau [1].

La bizarrerie dans les lois entraîne quelquefois dans la pratique l'absurdité et l'iniquité. C'est ainsi, par exemple, que, grâce au principe qui voulait que chaque individu appartenant à une même société civile cependant ne fût régi que par les lois du peuple dont il faisait originellement partie, on crut devoir en tirer la singulière conséquence, chez les Bourguignons, qu'un homme ne pouvait être témoin dans un démêlé qui regardait un autre homme dont la loi était différente de la sienne. D'où il arrivait que si quelque Bourguignon commettait un crime au milieu d'une assemblée de gens vivant sous une autre loi, et même dans un marché public, on ne pouvait le prouver par témoins, et on lui permettait de se parjurer comme s'il n'y avait eu personne qui l'eût pu convaincre. Il arrivait encore de là que pour des choses de peu d'importance, on obligeait de se battre non-seulement des gens qui étaient en état de le faire, mais encore des malades et des vieillards [2].

Un témoin peut recueillir des souvenirs plus nets en pensant à loisir aux faits sur lesquels il a été interrogé, aux questions qui lui ont été faites. Il peut aussi changer de sentiment et céder à de nouveaux motifs d'espérance ou de crainte, de partialité ou de justice, ou rester fidèle à la pure vérité.

[1] V. tous les ouvrages qui traitent des antiquités romaines, particulièrement Sigonius.

[2] Agobard, *Lib. adv. Gundob.*, c. 4.

Il importe donc de le comparer à lui-même, et par conséquent de contrôler par une déposition subséquente une déposition antérieure. C'est ce qu'on appelle le récolement. Le récolement suppose qu'on possède dans son entier et dans toute sa pureté la déposition première. Il la suppose consignée par écrit, et revêtue de tous les caractères qui la rendent authentique et indéniable.

Le second interrogatoire, au moins dans celles de ses parties qui diffèrent du premier, doit être recueilli avec le même soin, et recevoir un cachet d'authenticité incontestable.

En cas de contradiction entre la première déposition et la seconde, le juge doit chercher à démêler la vérité à travers les passions et les infidélités de la mémoire. Il peut se faire que les deux dépositions soient fausses, ou qu'il y en ait une de vraie; il peut arriver encore qu'il y ait du vrai et du faux dans l'une et dans l'autre. Il y a peu de règles à prescrire ici pour arriver au vrai; c'est le tact, la connaissance du cœur humain, la logique des passions, l'esprit de combinaison qui peuvent mettre en défaut la feinte, la ruse et les systèmes préconçus. Or, ces qualités sont naturelles et ne peuvent être suppléées par un ensemble de règles qui les supposeraient déjà pour être convenablement appliquées.

Pour être plus assuré de la véracité du témoignage, on a presque partout et toujours exercé sur les témoins une sorte de contrainte morale, celle du serment[1].

[1] Manou recommande, sous peine de damnation, de ne pas jurer en

Mais cette contrainte n'en est une que pour l'homme, d'ailleurs léger ou peu délicat, qui craint plus le blasphème que le mensonge et l'injustice, et qui croit qu'on peut en justice blesser la vérité sans manquer plus ou moins grièvement à ce qu'on doit à l'auteur de toute vérité et de toute justice.

Cependant la plus grande nation de l'univers, au moins par le nombre de ses habitants, la plus anciennement civilisée entre toutes celles qui existent aujourd'hui, la Chine, ne connaît point l'usage du serment en matière judiciaire [1]. Les sectes chrétiennes, les quakers et les anabaptistes se sont interdit toute espèce de serment, et, ce qu'il y a de plus remarquable, sont plus fidèles à leur simple promesse que d'autres à leurs serments. Tandis qu'on ne leur reproche aucune faute de ce genre, les parjures se comptent ailleurs par milliers. Pothier, qu'une longue expérience des tribunaux avait amplement éclairé sur la valeur du serment judiciaire, avoue que pendant l'intervalle de quarante années, il n'a vu que deux plaideurs refuser de faire un serment à eux déféré, par la crainte de se parjurer [2].

vain, même pour une chose de peu d'importance (VIII. 111). Il y a cependant des exceptions, par exemple avec une maîtresse, avec une fille qu'on recherche en mariage, lorsqu'il s'agit de la nourriture d'une vache, de matières combustibles (nécessaires pour un sacrifice), ou du salut d'un brahmane (VIII, 112). Le serment est déféré aux parties s'il n'y a pas de témoins du fait en litige (VIII, 111.)

[1] V. Berriat-Saint-Prix, *Réflexions et Recherches sur le serment judiciaire*, dans la *Revue de législation*, t. VIII, p. 241 et suiv. — V. Pothier, sur le serment judiciaire en matière criminelle, *Procédure criminelle*, p. 229-246, 294-317.

[2] *Ibid.*

Si c'est une raison de ne pas exiger le serment des plaideurs et des accusés, ce n'en est pas une toutefois pour en dispenser les témoins. Tant que les hommes auront assez de foi pour redouter le parjure et pas assez de respect de la vérité pour y rester fidèles, malgré les intérêts contraires, le serment sera utile. Mais comme ceux dont les croyances religieuses sont assez fermes pour qu'en manquant à la lettre de l'Ecriture, ils appréhendent encore de manquer à l'esprit, et pour que leur conscience s'alarme de cette infraction réelle ou présumée; comme ceux-là, dis-je, attachent pour le moins autant d'importance à la simple assertion que d'autres en attachent au serment, il serait juste de ne les point contraindre à cette formalité. Il convient en tout cas de recevoir le serment de chacun dans la forme qui est pour lui sacramentelle; c'est l'unique moyen de lui laisser toute sa force.

Lorsque le serment était exigé de l'accusé et que le parjure était puni, on tombait dans le double inconvénient, d'une part, de mettre le coupable ou dans l'impossibilité de se défendre, ou, ce qui était plus grave, dans la tentation très prochaine de se parjurer et d'aggraver ainsi sa position: et, d'autre part, de mettre en relief son parjure ou celui des témoins accusateurs. Il était plus présumable cependant que c'était lui qui manquait à la vérité. Dans le doute, on devait donc considérer les témoins comme innocents du parjure, sans cependant punir l'accusé de cette faute présumable. La loi des Allemands prit un autre tour pour éviter cette contradiction, mais par une raison peu judicieuse. Suivant cette loi, l'accusé ne pouvait

jurer dans une affaire sur laquelle trois ou quatre témoins oculaires avaient déposé ; et cela, dit la loi, afin que le défendeur ne puisse pas envelopper dans son parjure ceux qui veulent être plus honnêtes gens que lui. Même loi chez les Francs.

Mais s'il y avait un accusateur, un combat entre lui et l'accusé, ou entre leurs champions, décidait de la vérité ou de la fausseté de l'accusation. L'accusateur public n'était point tenu de se battre, mais seulement l'accusateur privé [1].

Le faux témoignage peut être considéré sous le double point de vue du manquement à la justice et du manquement à la vérité et à la religion. Il ne tombe sous l'action de la loi civile qu'au premier titre. Les Assises de Jérusalem semblent, au contraire, n'avoir puni que le péché ; elles voulaient que le faux témoin eût les mains percées d'un fer chaud [2]. Ce pouvait être trop ou trop peu ; en tout cas, c'était mal, c'était barbare.

Le faux témoignage avec dessein prémédité de faire périr un innocent qui succombe en effet, était regardé par la loi anglaise comme un meurtre, et puni comme tel. La loi gothique infligeait, en pareil cas, la même peine au témoin, au dénonciateur et aux juges. Cependant une loi anglaise plus récente s'est relâchée du talion, pour ne pas détourner les témoins de déposer sur des faits capitaux [3].

[1] *Allem. leg.*, tit. XLII, c. 1 ; *Capit.* IV, 23 ; AIMOIN, V, 23 ; IV, 108. Le serment n'avait donc lieu qu'à défaut de preuve et de combat.

[2] Art. CXXIII.

[3] BLACKSTONE

La loi espagnole, tout en distinguant, ne le fait pas assez : dans les causes civiles, le faux témoin est condamné à dix ans de galères ; dans les affaires criminelles, si le cas emporte peine de mort, le faux témoin l'encourt lui-même ; si l'accusation n'est pas capitale, il est flétri et condamné aux galères à perpétuité [1].

Au Japon, tout mensonge en justice est puni de mort [2].

Une opération préliminaire fort propre aussi à mettre sur la voie de la vérité est d'ailleurs strictement commandée par la justice, c'est la confrontation des témoins avec l'accusé. Il ne serait pas prudent d'attendre le moment solennel des débats publics pour mettre l'accusateur, les témoins et le prévenu en face les uns des autres. Des révélations soudaines, des indications précieuses à recueillir, pressantes à vérifier, peuvent jaillir du sein de la contradiction, et nécessiter des opérations étrangères aux débats, plus ou moins longues et difficiles. Déjà nous avons parlé de la nécessité morale d'informer le prévenu de tout ce qui est allégué contre lui, autant du moins que l'intérêt de la saine justice le permet. L'accusé doit savoir aussi tout ce qui est à sa charge, et pouvoir y répondre.

[1] Asso y Manuel.
[2] Des Essarts, t. IV, v° *Japon*.

CHAPITRE IX

Des cojurateurs considérés comme témoins.

SOMMAIRE

1. Première espèce de cojurateurs.
2. Deuxième espèce de cojurateurs. — D'où vient leur importance.
3. Pouvaient être punis, quoique de bonne foi. Leur serment n'était qu'une erreur, et non un parjure, si celui de leur homme était faux.
4. Place des cojurateurs dans la loi salique, dans la loi ripuaire et dans celle des Bourguignons.
5. Institution dont cet usage fut le principe.
6. On les retrouve en Danemark jusqu'au XVIe siècle.
7. Transitions aux chapitres suivants.

Déjà nous avons parlé de la déclaration des cojurateurs comme d'une sorte de certificat de bonnes vie et mœurs dont le juge faisait tel cas que de droit, déclaration qui ne dispensait point de recourir à la preuve du témoignage, et qui était même regardée comme inutile lorsque la preuve était d'ailleurs complète.

Mais il pouvait arriver qu'il n'y eût pas de témoin, et que la déclaration des cojurateurs semblât l'unique ou le plus sûr moyen de décider la question, ou tout au moins un élément de preuve d'une valeur légale. Cet élément puisait une nouvelle force dans le serment qui était exigé des cojurateurs et dans la peine qui atteignait le serment erroné. La loi salique condamnait, en ce cas, trois des cojurateurs à payer chacun quinze sous d'amende, et les autres chacun cinq, lorsqu'il était prouvé que celui pour qui et avec qui ils

avaient juré s'était rendu coupable d'un faux serment [1]. Par cette raison, par d'autres encore, il devait arriver assez souvent qu'un accusé ou un accusateur ne trouvât personne pour appuyer sa défense ou son accusation [2].

Les cojurateurs tiennent une grande place dans la loi salique, et une plus grande encore dans la loi ripuaire. Cette institution fut le principe de cette solidarité obligée qu'on retrouve plus tard en Angleterre et ailleurs, d'abord entre les membres de la même famille, puis entre les habitants de la même décade, de la même centurie, de la même commune, du même district.

La famille, dit un jeune historien, était une, et chacun de ceux qui en faisaient partie répondait de tous les autres, dans toutes les circonstances; et nul ne pouvait ester en justice sans que toute sa parenté y figurât avec lui, payer ou recevoir le wehrgeld sans qu'elle fût appelée à participer aux conséquences telles quelles des jugements. Ainsi, lorsque le serment était déféré aux parties, c'était dans la famille que les *conjuratores* devaient être choisis de préférence; de telle sorte que les plus proches étaient aussi les premiers en ligne, et que les plus éloignés n'étaient requis qu'à leur défaut. C'est ce que nous pouvons conclure d'une disposition curieuse de la loi des Burgondes, unique, il est vrai, dans son espèce, parce qu'elle est restée sous ce rapport plus près de

[1] Tit. 50.
[2] GRÉG. DE TOURS, IX, 13.

l'antiquité que les autres codes barbares, mais qui n'en est pas moins la fidèle expression de ce qui se pratiquait généralement parmi les Germains avant et même après la conquête. « Si un ingénu, tant romain que barbare, est soupçonné de quelque crime, qu'il prête serment, et qu'il jure avec sa femme, ses fils et douze de ses plus nobles proches. Que s'il n'a ni femme ni fils, mais son père ou sa mère, que son père ou sa mère complète le nombre fixé. S'il n'a ni père ni mère, qu'il prête le serment avec les douze plus proches [1]. »

Il paraîtrait que la preuve par cojurateurs aurait remplacé en Danemark celle par le fer rouge. Au temps d'Harald Nein (Harald IX), un changement important s'opère dans la preuve : l'accusé peut, en général, repousser l'accusation en la niant avec serment et cojurateurs. La preuve par témoins perdit sa considération première, et le serment des parties, appuyé par un *juramentum credulitatis* des cojurateurs, devint le moyen de preuve le plus ordinaire [2].

Du XI[e] au XIII[e] siècle, les cojurateurs sont encore en usage en Danemark. Leur nombre variait selon l'importance de l'affaire : il y avait des serments de trente-six, de vingt-quatre, de douze, de six, de trois personnes, y compris les parties. Faute de réunir le nombre voulu de cojurateurs, on perdait son procès. Souvent on produisait deux témoins avec le serment de douze personnes.

[1] *Leg. Burg.*, t. VIII, trad. de LEHUEROU, p. 61.
[2] KOLDERUP, § 73, p. 141.

Une classe particulière de cojurateurs étaient choisis par l'adversaire parmi les parents de celui dont ils devaient fortifier le serment, au contraire des autres cojurateurs, que l'on choisissait pour soi. Ils devaient être toujours au nombre de douze ; ils ne paraissent que rarement dans cette période, et seulement dans les affaires de famille. Cette faculté laissée à l'adversaire tournait contre lui s'il ne trouvait personne qui fût contraire à la partie : il n'avait plus la ressource de dire qu'elle avait choisi dans son parentage ceux-là seuls qu'elle savait devoir lui être favorables : tous étaient dès lors censés penser de même.

Les moyens de preuve en usage à la fin de la période précédente, la preuve par cojurateurs en particulier, sont encore usités dans le droit du Jutland au XVI[e] siècle. Toutefois, dans la loi du Jutland, 1° il faut toujours douze cojurateurs, quelle que soit l'importance de l'affaire ; 2° la preuve par serment des parents (*kynsnæfud*, *kynseth*, *frændeth*) est bien plus fréquente ; 3° on remarque la trace d'une preuve par *témoignages écrits*. Sous l'influence du droit étranger, la preuve par témoins reprend son importance : elle a force entière pour l'accusé.

Christiern II règle avec soin la preuve par témoins, et ne s'occupe point de la preuve par cojurateurs. Cependant celle-ci est encore en usage dans cette période, puisque Christiern III combat les abus auxquels elle donnait lieu [1].

L'histoire parle bien encore de la torture comme

[1] Kolder., p. § 75, 120, 121. p. 144, 243, 246.

moyen de preuve en Danemark, mais les lois n'en disent mot [1].

Il peut arriver que l'enquête, l'interrogatoire du prévenu, la déposition des témoins, l'attestation des connaissances ou amis, ne produisent pas une conviction de nature à mettre le juge en état de condamner, sans, du reste, lui donner l'assurance que l'accusé soit innocent. Un plus ample informé ne pourrait encore que reculer la difficulté. Ne faut-il pas, d'ailleurs, en finir avec l'état de prévention, avec l'incertitude cruelle où doit être celui qui est sous le poids d'une accusation grave? Or, l'histoire nous offre au moins quatre manières de sortir définitivement d'embarras : 1° le serment purgatoire; 2° la torture; 3° l'épreuve judiciaire, et le sort, qui n'est qu'une autre épreuve, mais exempte de péril en elle-même; 4° Enfin le duel. Le serment purgatoire se rattache à la preuve par cojurateurs; il en est la suite naturelle.

[1] Kolder., § 152.

CHAPITRE X

Du serment purgatoire.

SOMMAIRE

1. Raisons morales du serment purgatoire.
2. Fausse conscience. — Inconséquences de la superstition.
3. Le serment purgatoire postérieur, ou antérieur à la preuve, ou contemporain. — Preuve négative.
4. Diversité extrême par rapport au serment judiciaire, quant aux personnes, aux choses et à la forme.
5. Détails à cet égard. — Droit bohémien, — polonais, anglo-saxon, lithuanien.
6. Forme de ce serment chez divers peuples.

Aux époques de foi, l'accusateur privé peut penser qu'en mettant le coupable dans l'alternative de l'aveu ou du parjure, il ne peut manquer d'être vengé par les hommes ou par la Divinité. L'accusateur public, le législateur lui-même peuvent être dans cette persuasion. Mais l'expérience a prouvé que les hommes tiennent peu de compte des peines futures quand il s'agit d'échapper aux peines présentes; et cela surtout lors qu'ils se sont persuadé que la religion possède des moyens expiatoires propres à se laver de toutes les souillures et à se réconcilier infailliblement avec la Divinité. La fausse conscience s'allie très bien, d'ailleurs, avec la superstition; en telle sorte que si l'on se contraint en un point, on se dédommage en donnant dans d'autres cas libre cours à ses mauvais penchants. C'est ainsi, par exemple, que le serment peut être tenu fidèlement à certains égards, et violé

sans le moindre scrupule à d'autres égards par les mêmes hommes.

Malgré l'inclination des habitants de la Guinée à voler et à frauder, ils respectent très scrupuleusement des promesses faites avec serment. La forme du serment consiste à approcher successivement le visage des pieds, des épaules, de la poitrine et de tout le corps enfin de celui au profit de qui se fait le serment, et à s'écrier en même temps : *Jau, jau, jau;* à faire du bruit des pieds et des mains, et à baiser les fétiches qu'on porte attachés à ses membres. D'autres prennent en témoignage de leur fidélité à leurs engagements de l'eau de probation, préparée comme on l'a dit à l'article de l'épreuve de la fidélité conjugale. Ils ne se croient cependant pas rigoureusement tenus, tant s'en faut, à une promesse faite avec serment à des Européens [1].

Il paraîtrait, d'après ce qui s'est passé en Danemark, et dont nous avons déjà parlé dans le chapitre des cojurateurs, que le serment purgatoire a précédé, dans quelques provinces au moins, la preuve par jugement de Dieu. Il y a encore plus de grossièreté, en effet, à compter sur un miracle que sur un acte de religion de la part d'un homme plus ou moins croyant, alors même qu'il s'agit de mettre aux prises sa conscience avec ses intérêts. Mais il n'y a cependant rien de nécessaire dans cet ordre de choses. L'épreuve et le serment purgatoire sont l'un et l'autre des preuves négatives. C'est déjà une grande aberration de dis-

[1] LINTSCOT, VIe part., p. 66.

penser l'accusateur de prouver l'existence du fait avancé, et de charger l'accusé du soin d'établir que ce fait n'existe pas. Une fois qu'on a passé sur ce principe de sens commun, à savoir : que les faits négatifs ne se prouvent pas, il est presque impossible de ne pas tomber dans l'absurde en voulant donner suite au principe contraire. Il peut donc se faire alors que, suivant les circonstances morales et religieuses ou l'on se trouve placé, on songe d'abord soit au serment purgatoire, soit à l'épreuve, soit même à ces deux moyens de justification réunis, mais toutefois en cherchant plutôt une confirmation du serment dans le miracle qu'une confirmation du miracle dans le serment. Il faudrait soupçonner la vérité même du miracle pour être tenté de corroborer l'épreuve par le serment. Ces deux moyens de preuve ont encore été employés indistinctement, suivant toutefois que la présomption était plus ou moins forte. C'est ce qui se pratiquait chez quelques peuples slaves du moyen âge [1].

La plus grande diversité se remarque dans l'usage du serment purgatoire : ici c'est l'accusé seul qui est tenu de le prêter; ailleurs ce sont les témoins seuls qui sont recevables à jurer, ce qui les distingue des cojurateurs. Chez les uns, le serment était indifféremment positif ou négatif, suivant qu'il était fait par l'accusateur, ou, à son défaut, par l'accusé, et l'un et l'autre appuyés de cojurateurs [2]; chez la plupart, au contraire, le serment était exclusivement purgatoire;

[1] Macieiowski, t. II. p. 92,
[2] Comme en Bohême, Macieiowski, t. IV, p. 228.

mais il devait être fait tantôt par l'accusé seul, tantôt par les témoins seuls. Et dans ce dernier cas, on permettait quelquefois à l'accusateur de produire, lui aussi, ses témoins, ce qui rendait la preuve positive, de négative qu'elle pouvait être d'abord. C'était à qui des deux parties produirait les témoins les plus dignes de foi. Elles pouvaient renchérir l'une sur l'autre pour la qualité ou le nombre des témoins, et forcer le juge à recourir à de nouveaux expédients, comme, par exemple, au jugement de Dieu. De nouveaux témoins pouvaient encore être appelés, non pas pour être adjoints aux premiers, mais pour confirmer leur dire. Quelquefois aussi, de tous les témoins produits d'abord, un seul était regardé comme purgateur, et les autres ne faisaient qu'attester le dire du premier. Si le tribunal était indécis sur le caractère positif ou négatif à donner à la preuve par serment, il pouvait consulter le sort. Donnons des preuves de ces bizarreries judiciaires encore peu connues parmi nous, et qui sortent la question du cercle un peu étroit où la seule connaissance des lois barbares l'avaient placée [1].

C'était un principe en Bohême que dans les cas douteux ou dans ceux ou la partie ne pouvait pas établir son droit par des titres, celui-là devait avoir gain de cause qui avait les meilleurs témoins ; de nouveaux témoins affirmaient par serment la vérité de la déclaration des premiers ; ils les purgeaient du soupçon d'avoir menti en justice. L'inculpé pouvait, s'il le voulait, produire autant de témoins que le plaignant,

[1] La voir résumée dans MONTESQ., *Esprit des Lois*, XXVIII, c. 13-19.

mais pas le double, comme dans le droit germanique. L'affaire, en cet état, était encore indécise, et il fallait employer d'autres moyens de découvrir la vérité. On recourait au jugement de Dieu, suivant les coutumes germaniques. Mais quand ces moyens furent tombés en désuétude, il n'en resta plus d'autres que d'attendre des circonstances plus favorables à la découverte de la vérité.

Il fallait au moins quatre témoins dans les tribunaux inférieurs. Si l'un d'eux jurait, les autres garantissaient son témoignage et se garantissaient nécessairement entre eux. Les circonstances décidaient si les parties ou les témoins devaient jurer. Toutes choses égales d'ailleurs, le sort décidait de quel côté était le droit de faire valoir des *purgatores* (ou des *accusatores*), et qui aurait le droit de jurer [1].

Ce n'est pas tout : le serment purgatoire ne purgeait pas toujours de toutes les accusations ; sa vertu variait suivant les pays, suivant les temps. Et encore, lorsqu'il avait cette vertu, c'était à des conditions très diverses. Il fallait un nombre de jureurs, tantôt plus, tantôt moins considérable ; tantôt d'une qualité, tantôt d'une autre. Le serment purgatoire n'était pas toujours admis dans le même délit ; les circonstances pouvaient apporter des exceptions. Les gens de l'Eglise de Prague, lorsqu'ils étaient accusés de vol, pouvaient se justifier par le témoignage des voisins de l'accusé [2],

[1] MACIEIOWSKI, t. II. p, 93-95.

[2] Un document de 1274 porterait à croire qu'une accusation de vol pouvait se purger avec sept témoins. (MACIEIOWSKI, II. p. 93.) Le droit dalmate, comme le droit polonais, permettait de se purger de l'accusa-

et si l'accusateur succombait en justice, il était condamné à trois cents deniers d'amende. Dans l'intérêt des mineurs, ils n'avaient pas besoin de *purgatores :* il suffisait que celui qui avait leur cause en main jurât lui-même.

Lorsqu'il s'agissait d'un chien volé, celui qui était soupçonné du délit n'avait pas besoin de s'en purger par serment ; il pouvait seulement affirmer sur sa conscience qu'il était innocent, et qu'il se souhaitât d'être changé en chien s'il ne disait pas la vérité.

Le droit bohémien voulait que l'accusé plus riche pût se purger plus facilement d'une inculpation que le pauvre, et que le contraire prévalût si le riche accusait le pauvre. Le statut de la Petite-Pologne dispose de la même manière : il dit que le maître ne saurait être contraint au serment par son serviteur, quoique le maître l'accuse d'abord, mais que le serviteur doit se purger six fois de l'accusation.

Dans le droit bohémien et dans le polonais, si la femme qui avait souffert d'une violence et qui avait échappé aux mains du ravisseur jurait qu'elle avait été violée, elle était crue sur parole. Mais si elle ne portait aucune marque de violence, l'accusé pouvait se purger avec six témoins de sa condition.

Celui qui était soupçonné d'un crime ou d'un délit, alors même qu'il affirmait ne l'avoir commis que sous l'empire de la nécessité, n'était pas admis au serment

tion de vol par un serment. (*Ibid.*, II, p. 163.) Les Monténégrins repoussaient une accusation semblable au moyen de vingt-quatre témoins, et de douze s'il s'agissait d'une injure de fait ou d'une blessure. Les faux témoins payaient le double. (*Ibid.*, IV, p. 230.)

personnel, il devait chercher d'autres preuves. Cependant il pouvait encore se purger par le serment, s'il avait commis le délit ou le crime dans un moment de colère, ou si la plainte était relative à un vol qui eût plus d'un an de date [1].

Les usages des Polonais à l'égard du serment étaient à peu près les mêmes que ceux des Bohémiens.

Suivant la position sociale ou les préjugés, c'était un avantage ou un inconvénient de pouvoir se défendre par des *purgatores*. Ainsi, en Bohême, en Pologne, les personnes de condition étaient affranchies du serment ; elles pouvaient faire valoir la preuve par témoin. C'était le droit de s'exposer à une condamnation lorsqu'on pouvait l'éviter à coup sûr, et en sûreté de conscience même si l'on était innocent. Il est vrai que nous parlons du serment personnel ; les chances étaient moins favorables si l'accusateur pouvait produire ses témoins, et si l'accusé n'était pas sûr des siens. Il faut bien qu'il y ait eu, à l'égard du choix des témoins purgateurs, des inconvénients sérieux, puisqu'en 1377, il fut décidé que les propriétaires d'immeubles qui compteraient trois générations de noblesse pourraient seuls être témoins dans une affaire criminelle [2]. Et quand même il ne s'agirait ici que de témoins ordinaires, on ne voit pas pourquoi on aurait été moins difficile pour le choix des purgateurs, dont la déclaration devait être décisive, attendu qu'elle formait une preuve légale. En Pologne, le serment était

[1] Macieiowski, t. II, p. 96, 97, 99, 100.
[2] *Ibid.*, t. II, p. 100.

devenu un commerce, et n'était guère plus respecté ailleurs, excepté peut-être en Russie, où il était entouré de plus de solennité. Et cependant en Hongrie le parjure était puni de la confiscation des biens. C'était peut-être pour avoir cette ressource qu'on exigeait la qualité de propriétaire dans les témoins [1].

Les Anglo-Saxons crurent pouvoir compenser la qualité inférieure d'un purgateur ou d'un simple témoin par le nombre des serments qu'on exigeait de lui, ou par le nombre des purgateurs. On établissait donc la même différence dans la valeur du serment que dans le wehrgeld. Le serment d'un *twelfyhndesman* valait les serments de six *twyhyndesmen* réunis [2].

On distinguait deux sortes de serments ou *lade* (*lada* dans le latin du temps), le serment simple et le triple (*anfeald and thryfeald lade*). On distinguait encore le *juramentum planum* (*serment plein* des Normands) et le *juramentum fractum*, serment interrompu.

Le serment triple était prêté par les gens de réputation suspecte (*tyhtbysig*, *ungetriwaman*, *blasmed*, *incredibilis*) : il fallait que les cojurateurs fussent trois fois plus nombreux que dans le serment simple.

Quant au *juramentum planum*, il arrivait souvent que le serment n'était pas prêté la première fois que les parties comparaissaient. Quiconque n'était pas indigne de foi (*incredibilis*) était admis sans difficulté à prêter le serment avec ses cojurateurs au jour ultérieurement fixé. C'était le *juramentum planum*. Mais

[1] Maciejowski, IV, p. 225, 227; II, p. 101.
[2] Philipps.

les indignes devaient jurer à deux reprises, de peur que dans l'intervalle des deux assignations, indignes et cojurateurs ne s'entendissent et ne convinssent de faux-fuyants, etc. C'était le *juramentum fractum*[1].

Ces distinctions devaient paraître plus nécessaires encore dans les serments purgatoires par des tiers. Mais comment pouvaient-elles s'appliquer au serment purgatoire personnel, serment d'une si grande importance cependant, puisque l'assemblée prononçait l'absolution ou la condamnation selon que l'accusé pouvait ou non le prêter[2]? Où était la garantie pour la partie civile, pour la société même?

Mais la plus grande des étrangetés dans cette partie de la procédure criminelle nous est fournie par le droit lithuanien. Tout en exigeant du plaignant que son dire fût appuyé de cojurateurs, on l'obligeait d'affirmer à son tour, par serment, que les témoins qui avaient déposé dans son sens avaient dit la vérité[3].

Est-il nécessaire de nous étendre davantage sur le serment purgatoire, ou sur le serment judiciaire en général ? Déjà nous avons parlé de son objet ou de son but ; nous avons même dit quelque chose des sujets recevables ou non à le prêter, des cas et conditions auxquels il était admissible. Quelques mots encore sur sa forme en ce qu'elle a de plus remarquable, et nous aurons fini.

Ces particularités nouvelles se rencontrent plus spécialement chez les peuples de race germanique.

[1] PHILIPPS.
[2] *Id.*
[3] MACIEIOWSKI, IV, p. 224.

Le serment pouvait être prononcé par tous ceux qui avaient l'usage de la parole. Les petits enfants furent même admis à le prêter par la bouche d'un tuteur. Certains serments ne pouvaient être prononcés que par des hommes libres. D'autres ne pouvaient pas l'être par des femmes. On jurait par les dieux, par Dieu, par le saint sacrement, par l'autel, par le vent, par l'eau, les bois, les rochers, par son épée, par sa barbe, par la barbe de son père, etc. Les femmes juraient en mettant la main sur leur poitrine. En prononcant le serment, on touchait un objet consacré aux dieux ou aux saints qu'on invoquait. Chez les Scandinaves, c'était un anneau teint du sang des victimes et consacré au Dieu Uller. La bouche et la main concouraient à prononcer le serment. Il devait être fait à haute et intelligible voix, sans hésitation ni tremblement. On levait la main droite. Au moyen âge, on quittait ses armes et on ôtait son heaume ou son chaperon. La peine du parjure et du faux témoignage était l'amputation de la main, souvent une peine plus forte [1].

Le serment était accompagné d'une solennité religieuse chez les Russes du temps du paganisme. Chez les Bulgares, même depuis la conversion au christianisme, on tirait l'épée pour le prêter. Il y avait d'autres cérémonies encore qui étaient un reste de paganisme. Les Russes convertis juraient sur leur fidélité et leur foi. Le témoin qui avait vu méritait plus de foi que celui qui avait seulement entendu dire;

[1] GRIMM.

rarement aussi on le soumettait au serment, tandis que le second devait toujours jurer.

En Hongrie, les affranchis et ceux qui n'avaient pas d'enfants ne pouvaient témoigner en justice, et le témoignage d'un étranger ou d'un homme d'église était seul recevable contre un étranger ou un ecclésiastique. Le serment d'un ecclésiastique n'était valable qu'autant qu'il avait été reçu à l'église.

Les Lithuaniens, suivant une ancienne coutume, juraient sur une pierre ; les Masoviens sur un crucifix. Il était d'usage, en Masovie, de prendre le manteau de celui qui hésitait à prononcer un serment. Cet usage fut aboli en 1389 [1].

Les lois n'interdisent guère que ce qui se pratique déjà. Or, Amalaric, roi des Wisigoths (511-531), défendit, par une loi portée à Toro, que l'on jurât en justice (encore que le juge l'eût ordonné, ou que la partie adverse l'eût demandé), par saint Vincent d'Avila, par le verrou de sainte Agueda, par l'autel, par le corps sacré du Christ, ou tout autre serment de ce genre, sous peine de dix mille maravédis d'amende [2].

[1] MACIEIOWSKI, t, II, p. 101. 102, 105, 222, 223, 100.
[2] PRIETO, op. cit.. liv. II, c. IX, 7, p. 92.

CHAPITRE XI

De la Torture.

SOMMAIRE

1. Comment la torture a été introduite.
2. Institution réprouvée.
3. Quel en était le but.
4. Différentes espèces de tortures quant à leurs fins.
5. Les anciens avaient déjà imaginé la torture : Egyptiens, Chinois, Romains, etc.
6. Pour quel motif appliquée aux esclaves.
7. Les Bourguignons, les Bavarois, les Wisigoths.
8. L'Allemagne, la Russie, l'Ecosse, l'Angleterre, l'Italie, l'Espagne, la France en sont infectés.
9. Comment disparut en France la question préparatoire et la question préalable.
10. Deux sortes de questions préparatoires avec réserve ou sans réserve de preuves.
11. Diversité des formes de la question.
12. Ce qu'il y avait de plus odieux.
13. Les criminalistes.
14. Quelques détails sur la torture en différents lieux : en France, dans les pays de race slave, en Servie, en Pologne, en Russie, en Angleterre, en Espagne.
15. Son abolition dans les pays civilisés. — Subsistance dans les cantons de Fribourg et du Tessin.

En voyant l'accusé ou même les témoins refuser les aveux ou les déclarations propres à éclairer la justice, ou chercher à l'induire en erreur par des énonciations incomplètes ou fausses, des juges, plus portés à la violence qu'habiles à déjouer la ruse ou à respecter la justice et la vérité dans ceux-là mêmes

qui sont disposés à trahir l'une et l'autre, furent naturellement tentés d'arracher par la force des renseignements qu'ils ne pouvaient obtenir par l'adresse ou la persuasion. De là la torture.

On a tout dit contre cette abomination judiciaire. Raison pour nous d'être court [1]. Il suffit de remarquer que la position de l'innocent est pire que celle du coupable.

On y recourait pour arracher l'aveu d'un délit, pour obtenir le redressement d'une contradiction, pour faire expier une infamie, pour punir des délits présumés.

Il y a donc deux sortes de questions : l'une destinée à instruire le juge, l'autre à punir une faute réelle ou présumée. Nous n'avons pas à nous occuper de celle-ci, qui n'est qu'une peine justement ou injustement infligée.

Les Egyptiens, les Grecs et les Romains ont laissé aux modernes l'exemple de cette méthode pour arriver à la découverte de la vérité. Le tribunal de l'inquisition a été aussi une autorité d'un grand poids en cette matière.

[1] Déjà combattue par Sénèque, Quintilien et saint Augustin, elle a été attaquée avec une nouvelle force par Montaigne, Charron, Bayle, Grotius (dans ses lettres), Leclerc, Barbeyrac, Thomasius, Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Rousseau, Servan, Dupaty, Brissot de Varville, etc. Au XVII[e] siècle, en 1681, AUGUSTIN NICOLAS, conseiller au Parlement de la Franche-Comté, publiait l'un des meilleurs réquisitoires contre la question. *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets*; *dissertation morale et juridique par laquelle il est amplement traité des abus qui se commettent partout en l'instruction des procès criminels, et particulièrement en la recherche du sacrilége*. M. F. Hélie a fait un grand et juste éloge de cet ouvrage. Voir un travail plus récent sur ce sujet dans la *Revue de législation*, t. IV et V.

Les Chinois, qui n'ont copié personne, n'ont pas laissé de se rencontrer sur ce point avec la plupart des peuples de l'antiquité et des temps modernes ; mais il faut dire à leur honneur, que l'usage qu'ils font de cette invention est fort restreint [1].

La question tenait lieu de serment pour les esclaves ; l'état de servitude avilit les hommes à un tel point, que la religion, Dieu même n'est plus censé respecté de ceux que personne ne respecte.

Les Bourguignons et les Bavarois firent passer la torture dans leur législation. Les Wisigoths ne la repoussèrent pas entièrement.

Charles-Quint en fit présent à l'Allemagne. La Russie, jusqu'au règne de Catherine II, et depuis, ne crut pas pouvoir s'en passer. L'Ecosse et l'Angleterre (sous les Tudor) en furent également affligées. L'Italie et l'Espagne l'auraient reçue avec reconnaissance des mains de l'inquisition. Elle fleurit en France jusqu'au XVIIIe siècle. Elle fut abolie sous l'une de ses formes (la question préalable) le 16 août 1780. Huit ans après, Louis XVI, proscrivant de nouveau la question préalable, n'était pas bien sûr de n'être pas obligé de la

[1] *Mém. concernant les Chinois*, t. VII, p. 37. La torture est interdite à l'égard de trois sortes de personnes privilégiées : des vieillards, des mineurs de quinze ans et des infirmes. Il y avait, au XVIe siècle, deux sortes de tortures en Chine. Dans la première, le patient était attaché par le corps à un poteau, et avait les doigts pris entre deux morceaux de bois qu'on pouvait serrer à volonté au moyen d'une corde. Si le patient résistait à cette torture, on employait la seconde. On le couchait par terre, sur le ventre, les mains enchaînées au sol, les pieds et les jambes pris entre deux énormes planches assujetties aux deux bouts l'une à l'autre par des cordes qui s'enroulaient ensuite autour d'un cylindre fixé en terre. Un exécuteur frappait sur les planches avec un maillet de fer. (J.-H. LINTSCOT, *Ind. or. descript.*, t, III, planche 29e.)

la faire revivre ; il se réserva de la rétablir si l'expérience lui en démontrait la nécessité. L'Assemblée constituante fut plus hardie : elle raya de nos lois pénales et la question préparatoire, et la question préalable.

On appelait question préparatoire celle qui faisait partie de l'instruction, et question préalable celle qui suivait la condamnation et précédait l'exécution. Elle avait pour but de découvrir les complices.

La question préparatoire était elle-même de deux sortes : avec réserve de preuves ou sans réserve de preuves. Dans la première, le juge, suffisamment éclairé déjà par les preuves qu'il possédait, se réservait la faculté d'en faire la base de sa sentence, et par conséquent de condamner l'accusé alors même qu'il n'en pourrait tirer aucun aveu. Sans doute, cet aveu n'était pas nécessaire pour établir la conviction du juge ; mais alors quel en pouvait être le but ? qu'est-ce qu'une conviction qui aurait besoin d'être confirmée ? de quel droit infliger des tortures inutiles ? Pour obtenir l'aveu du coupable ! Mais que vous importe son aveu, si vous êtes certain de sa culpabilité ? Si vous ne l'êtes pas, pourquoi le torturer ?

Dans la question sans réserve de preuves, le juge se croyait, au contraire, dans la nécessité de prononcer l'acquittement si les souffrances n'aboutissaient pas à quelque aveu.

Du reste, la question préparatoire ou préalable variait dans la forme et dans le degré. On la distinguait en simple ou ordinaire, en composée ou extraordinaire. Elle avait lieu par l'eau, par le brodequin, par

le chevalet, etc. Un savant jurisconsulte, M. le conseiller Berriat-Saint-Prix, en a reconnu de trente-cinq sortes[1].

Ce qu'il y avait de plus odieux peut-être dans cette forme de l'instruction criminelle, c'est l'espèce d'hommage hypocrite rendu par le juge à la liberté avec laquelle doit être faite la confession d'un accusé. Dans plusieurs Etats, au nombre desquels la France a cette fois l'honneur de ne pas compter[2], l'aveu arraché dans les supplices n'avait de valeur qu'autant que le patient, un instant affranchi du supplice, le confirmait sous le sceau du serment. Si, revenu à lui-même, il refusait de ratifier ainsi son premier dire, il était de nouveau soumis à la torture, et ainsi jusqu'à trois fois ou davantage si le juge le croyait nécessaire.

La seule chose qui tendrait à excuser un peu la question, c'est que, de l'avis des criminalistes les plus considérables : Ménochius, Julius-Clarus, Bossius, Boerius, Farinacius, etc., l'accusé ne pouvait être mis à la torture qu'autant qu'il existait déjà des charges fort graves contre lui. Mais ici encore, on regrette que les mêmes jurisconsultes aient cru devoir tenir d'autant moins sévèrement à ces conditions protectrices, que le crime, et par conséquent la peine comminée, était plus grave. La peur et l'intérêt ont rendu le despotisme féroce, et ses partisans, injustes et inhumains.

Nos anciens criminalistes français ne sourcillent pas

[1] *Les tribunaux et la procédure du grand criminel au XVIII[e] siècle jusqu'en* 1789.

[2] Pas sans distinction du moins. V. POTHIER, op. cit., p. 357-363.

plus que ceux d'au delà des monts ou qûe des juges de l'île de Niphon, en parlant de la torture. Il faut surtout entendre le célèbre Imbert : « Toutes per-« sonnes en ce royaume sont subjectes à la torture, « de quelque dignité qu'elles soient. Et mesmement « quant aux prestres, les juges d'Eglise les mettent « en torture quand le délit est énorme..... Et pour « autant qu'il y a plusieurs si fins et malitieux « que quelque chose qu'ils aient confessé en la tor-« ture, quand ils sont le lendemain interrogés, ils « nient tout : lors on a accoustumés s'arrêter à la con-« fession faicte en la torture si elle est vraysemblable « ou approchant au contenu des informations et de la « preuve faicte au procez criminel..... Quand le juge « voit qu'il n'y a preuve suffisante pous assoir puni-« tion corporelle, mais pécuniaire seulement, afin qu'en « niant tout par la question, il n'évade la pécuniaire « qu'il doit souffrir, et qu'à raison de ce, il ne s'endur-« cisse plus à souffrir la question, il ordonne que le « délinquant sera mis en torture, sans que pour ce les « indices résultant du procez soient purgez [1] ».

Ce n'est pas tout : le torturé ne nuisait pas seulement à lui-même dans ses aveux, il faisait encore rejaillir une partie de la peine sur les siens. C'était même là un axiome de droit : « Confession faite par « l'accusé en la torture nuist à ses héritiers, s'il per-« sévère en icelle, combien qu'il décède auparavant « qu'estre condamné [2] ».

[1] *Pratique judiciaire*, p. 650, 653-657.
[2] IMBERT, *Enchiridion*, p. 53.

C'est à la faveur de ces ténèbres de la procédure secrète, qui déshonorèrent pendant trois siècles la justice royale, que reparut la torture.

Déjà elle avait fait irruption dans la pratique au XIIIe siècle, grâce, sans doute, à l'invasion du droit romain et à la faiblesse des moyens répressifs qui étaient alors entre les mains des chefs de la société, à la dureté des mœurs, à l'ignorance générale, en un mot, aux misères des temps. Elle eut, comme le duel, ses règles, ses exceptions, en général sa discipline; mais il était difficile qu'une institution aussi délicate et aussi terrible ne fût pas modifiée : elle était trop propre à faire réfléchir ceux qui étaient appelés à l'appliquer, pour que l'usage ne dût pas, à lui seul, y apporter déjà de notables changements. C'est ce qui arriva. Aussi les règles qui présidaient à la torture changèrent-elles depuis le XIIIe siècle jusqu'au XVIIIe [1].

La torture ne s'introduisit que tard chez les Slaves; il paraît qu'elle y fut adoptée par imitation. L'emprunt ne fut pas heureux. En Russie, elle était fort en usage au XVIIe siècle comme complément de preuves [2]. Jusqu'au XIVe siècle, on ne la trouve qu'en Servie chez les Slaves [3]. Mais depuis, elle pénétra partout. Si l'on trouvait chez un individu suspect de l'or, de l'argent, etc., on le mettait à la torture trois fois par jour; s'il n'avouait pas, ou qu'il mourût dans les tourments, ou qu'il y reçut une mutilation, on lui devait,

[1] Compar. ord. de 1539 et de 1670.
[2] De Reutz, 3e période.
[3] Macieiowski, t. II, p. 145.

à lui ou aux siens, une indemnité. Si le juge découvrait chez lui des moyens magiques destinés à le protéger contre la torture, il était obligé de réparer le délit dont il était accusé, alors même qu'il ne s'en avouait pas l'auteur [1].

En Pologne et en Russie, on employait tour à tour la torture et les ordalies. On soumettait particulièrement les sorciers à la question, ensuite à l'épreuve de l'eau froide. Les jurisconsultes polonais ont toujours été contraires à ce genre de superstition, qui n'avait aucun fondement dans les lois du pays. Mais l'Eglise, observe l'historien que nous analysons, l'Eglise, qui voyait là une sorte d'incrédulité, s'efforçait de persuader, par des preuves de son invention, qu'il y a des sorciers, et obtint de Sigismond Ier l'ordonnance de 1543, en vertu de laquelle l'Eglise avait le droit de juger et de punir les sortiléges. En 1776, la torture et la peine de mort furent abolies en matière de sorcellerie. En fait, cependant, il y a eu depuis, en Pologne, de prétendus sorciers torturés et brûlés. Il suffisait qu'une pauvre vieille eût un regard perçant, ou les les yeux tuméfiés ou injectés, pour mériter le nom de sorcière [2].

S'il faut louer l'Angleterre d'avoir repoussé la torture et l'inquisition; s'il est vrai, comme l'affirme Hallam, que la torture n'y ait jamais été proclamée par une loi, il y a lieu de s'étonner alors de l'usage que je vais rapporter, et de l'époque tardive qui l'a vue dispa-

[1] Macieiowski, t. IV, p. 145.
[2] *Ibid.*, t. IV, p. 363.

raître. Je prends ma citation dans Linguet, sans en rechercher l'original.

« Quand l'accusé refuse de plaider, c'est-à-dire de répondre à l'interrogation : Etes-vous coupable ou non? le juge, après l'avoir exhorté à répondre et lui avoir représenté les conséquences de son refus, prononce cette sentence : Qu'on le conduise en prison, qu'il y soit placé nud, à terre, étendu sur le dos; qu'on fasse dans la terre un trou à l'endroit de sa tête; qu'on y enfonce sa tête, et que sur toutes les parties de son corps, on pose autant de pierres et de fer qu'il en peut soutenir. Et plus, tant qu'il vit, qu'on lui ponne du pain et de l'eau, l'un et l'autre les plus mauvais possible, et tirés du voisinage de la prison; que le jour qu'il mangera, il ne boive pas; que le jour qu'il boira, il ne mange pas, vivant ainsi jusqu'à ce qu'il soit mort[1]. Cette sentence une fois prononcée, l'accusé ne peut la changer en se soumettant à répondre : il faut qu'elle soit exécutée. » Croirait-on que cette loi n'a été abrogée qu'en 1774!

Il n'y a pas lieu d'être surpris de rencontrer la torture en Espagne, en Italie, et partout où l'inquisition,

[1] V. LINGUET, *Théorie des lois civiles*, t. I, c. VI, p. 162, nouv. édit. — On peut, sans trop de désavantage, rapprocher de ce traitement l'espèce de torture usitée au Japon. On fait avaler à l'accusé une certaine quantité d'eau qu'on lui verse dans la bouche avec un entonnoir; quand le corps est considérablement enflé, on l'étend par terre, et les bourreaux lui foulent le ventre à coups de pied. S'il persiste à nier, on lui serre le corps avec des bandes de toile depuis le cou jusqu'aux talons, et dans cet état, on l'expose à l'ardeur du soleil ou à la rigueur du froid, le dos étendu sur des cailloux. Si ce supplice n'arrache point l'aveu du crime, on le relègue dans une île destinée à recevoir les criminels, où ils sont occupés à élever les vers à soie ou à fabriquer des étoffes. (DES ESSARTS, t. IV, p. 21 et 22.)

qui l'aurait inventée au besoin, a régné et fleuri. En Espagne donc, si, après avoir entendu les témoins, l'accusateur demande qu'on applique la question faute de preuves suffisantes, et que ces preuves soient cependant assez graves pour qu'on puisse faire droit à sa demande, on y procède. Autrefois l'accusateur était mis à la question aussi bien que l'accusé [1]. Du reste, la jurisprudence espagnole admettait, en fait de torture, trois principes protecteurs. Ils auraient pu l'être davantage, à la vérité, mais tels qu'ils étaient, il y aurait eu profit pour d'autres peuples à les adopter. Beaucoup de points sont cependant communs à cette jurisprudence espagnole et à l'ancienne jurisprudence française. Voici ces principes et leurs conséquences.

1° La torture ne se donne pas à toute espèce de sujet;

2° Elle ne sert qu'à découvrir le reste de la vérité:

3° Elle doit être précédée d'indices très graves.

En conséquence :

1° Ne peuvent y être appliqués : les mineurs de quatorze ans; les nobles (*caballeros*), docteurs, conseillers (*regidor del concejo*), ni leurs fils s'ils sont bien famés; la femme enceinte, jusqu'à sa délivrance; les parents jusqu'au quatrième degré, ascendants ou descendants, les uns contre les autres, ni les collatéraux jusqu'au même degré; la femme contre le mari; le beau-père (*socer*) ou la belle-mère contre leurs gendres ou brus; les parâtres contre leurs beaux-fils, et réciproquement.

[1] Asso y Manuel.

2° Ne peuvent y assister que le juge, le greffier et le bourreau. Quand il y a deux ou plusieurs accusés, on commence par le plus faible, ou par le plus compromis. Si le juge la donne injustement, il subit la même peine. Tout aveu fait dans la torture n'est valable qu'autant qu'il est confirmé plus tard dans un lieu séparé (*en lugar separado*). La question ne peut être réappliquée que dans les cas de crime de lèse-majesté et de vol (*robo o hurto*) dans lesquels elle ne peut être appliquée en tout que trois fois. Les moyens de question doivent être ordinaires (*usados*) ; si le délit est patent, point de torture sous peine de dommages-intérêts payés par les juges. C'est au juge de voir si les preuves sont suffisantes pour procéder à la question. Elle n'est appliquée que pour délits entraînant peines corporelles.

Ce moyen de découvrir la vérité, aussi peu sûr qu'odieux, a disparu de tous les pays civilisés. En plusieurs endroits, notamment en Ecosse et dans la province de Frise, la question a été abolie par suite de faux aveux de culpabilité qui avaient été arrachés aux prévenus par la douleur. On peut voir, dans des Essarts, la manière dont la torture s'infligeait et s'inflige peut-être encore dans un grand nombre de pays, à Rome et dans plusieurs autres Etats de l'Italie, en France, en Espagne, en Sardaigne, en Suède, en Ecosse, dans les Pays-Bas, en Chine, dans l'Inde, dans l'Indoustan, et le long des côtes de Coromandel et du Malabar, etc. [1].

[1] Des Essarts, t. VI, p. 344 et suiv.

Surprendrai-je beaucoup de mes lecteurs lorsque je dirai qu'aux portes de la France, un canton de la Suisse, Fribourg n'a pas encore renoncé à la torture ? Dans le canton du Tessin, le juge instructeur peut recourir au cachot, aux chaînes, au pain et à l'eau pendant quinze jours, pour vaincre les dénégations opiniâtres de l'accusé. Si ces moyens sont insuffisants, on lui administre vingt-cinq coups de nerf de bœuf sur le dos, à nu ; et si ce nombre n'amène pas le résultat voulu, on le double, etc. [1].

[1] SIEGW. MULLER ; Rossi, *Droit pénal.* t. I, p. 72. — V. sur la torture en général : BIRNBAUM, op. cit., p. 116, 126 ; — WITTAHUIS (J.), *Orat. de inquis. et inut torment. in quæst. reor.;* Lugd. Bat., 1736 ; — OPGILDER (E.), *De quæstione se tortura reor.*; Lugd. Bat., 1742 ; — CIBRARIO, op. cit., t. II, 127 et suiv. ; — SAINT-EDME, *Dict. de la pénalité*, v° *Apega.* C'est au moyen âge, la vierge de fer inventée par l'inquisition en Espagne, et transportée en Allemagne. V. *Magas. pittor.*, 1852, p. 310 et suiv. Ce supplice s'appelait le baiser de la vierge. V. l'*Hist. de l'inquisition*, et ce que nous avons dit de cette institution.

CHAPITRE XII

De l'Épreuve et du Sort.

SOMMAIRE

1. Raisons morales de l'épreuve.
2. Manière de poser à la Divinité la question.
3. Elle demanderait une contre-épreuve.
4. Comment on a cherché à expliquer le tour donné généralement à la question.
5. Insuffisance de ces hypothèses.
6. Pas d'hypothèse imaginable pour les épreuves dictées par une superstition ou un fanatisme radical.
7. La meilleure des raisons est tirée de la nature morale, politique et religieuse de l'homme.
8. L'épreuve en Orient (y compris l'Afrique) : les Quojas, — les Ioloffs, — Loango, — la Guinée, — le Congo. — Madagascar, — l'Egypte, — l'Inde, — le Thibet, — l'Arabie, — le Japon, — Siam, — la Judée.
9. L'épreuve en Occident : en Grèce, — en Sicile, — à Rome, — chez les Bataves, — chez les autres Barbares de race germanique, — chez les Francs, — chez les Barbares de race slave, — les Polonais, — les Bohêmes, — les Bulgares, — les Russes, — les Danois, — les Irlandais, — les Anglo-Saxons, — les Bretons, — les Angevins; — Usage en Autriche et en Espagne.

Les hommes ignorants et superstitieux trouvent bien plus simple de faire faire à la Divinité le discernement entre la culpabilité et l'innocence d'un accusé que de l'opérer eux-mêmes. S'ils se croient les uns à l'égard des autres beaucoup de foi, ils mettent le serment en usage. S'ils doutent de la pleine efficacité de ce moyen, ils en ajoutent d'autres plus difficiles à éluder de la part de

celui qui y est soumis ; souvent même ils n'ont recours qu'à ces derniers. Si les épreuves sont de nature à atteindre tout homme dont l'innocence ne pourrait éclater que par un miracle, elles sont terribles, puisqu'à moins d'un miracle réel, elles doivent toujours révéler des coupables. C'est le cas le plus ordinaire.

Si les chances sont au contraire pour l'innocence, c'est-à-dire si l'effet naturel de l'épreuve est admis comme un signe de la non culpabilité, elles sont aussi favorables au crime qu'à l'innocence même. Il ne doit point y avoir de coupables. Mais cette manière d'envisager les épreuves n'est pas, à beaucoup près, la plus ordinaire.

Il serait, du reste, fort indifférent de donner aux épreuves une face plutôt qu'une autre, de poser la question d'innocence ou de culpabilité, si la question primitivement posée était ensuite renversée ; le second miracle, s'il avait lieu, confirmerait le premier ; s'il n'avait pas lieu, c'est que le premier n'en serait pas un. Si à cette question : l'accusé est-il coupable ? il enfonce dans l'eau froide, ou chaude, et qu'à cette autre question : l'accusé est-il innocent ? il enfonce encore, l'immersion ne peut signifier oui dans un cas et non dans l'autre ; elle devra se traduire par : ni oui, ni non, ou par : réponse nulle. Mais si je m'en tiens à l'une ou l'autre question, et que je décide à l'avance du sens de la réponse, suivant la nature de l'événement, je puis prendre un événement naturel pour un miracle, ou un miracle pour un événement naturel, et je me trompe également. Si, dans l'épreuve précédente, je suppose que l'accusé ne surnage qu'autant

qu'il est coupable, je dois, pour être sûr de sa culpabilité, m'assurer de ce qui lui arriverait *s'il était* innocent. Alors, si je le vois enfoncer, j'ai la contre épreuve nécessaire ; je sais qu'il ne surnage que parce qu'il est coupable, et pas naturellement. Autrement on s'en rapporte au hasard, en mettant la plus grande somme de probabilités soit pour, soit contre l'innocence ; — ou bien, ce qui est arrivé souvent, c'est couvrir d'un voile religieux des artifices propres à nourrir la crédulité du peuple et l'ascendant de ceux qui en vivent ou qui s'en servent.

On a cherché à expliquer la position de la question dans l'épreuve de plusieurs manières. « Si l'on avait admis, dit Ameilhon, que la culpabilité serait démontrée dans le cas où l'accusé n'enfoncerait pas dans l'eau, c'est qu'on avait remarqué qu'il y a des hommes qui surnagent naturellement, et que les enchanteurs, les sorciers passaient pour ne pouvoir s'immerger. Or, c'étaient surtout les sorciers qu'on soumettait à l'épreuve de l'eau froide, et il est reconnu que les personnes atteintes de maladies nerveuses de la famille de celles qui exaltent le système ont la singulière propriété de ne pas enfoncer dans le bain » [1]. En conséquence, l'auteur de cette notice n'admet pas comme authentiques les épreuves par l'eau qui auraient eu pour but de faire regarder comme coupable celui qui aurait enfoncé dans l'eau, non plus que ce qui est rapporté de l'épreuve à laquelle les Celtes auraient soumis leurs enfants sur le Rhin pour s'assurer de leur légiti-

[1] *Acad. inscript. et belles lettres*, t. XXXVII, p. 556 des *Mémoires*.

mité. C'est pousser l'esprit de système un peu loin.

L'explication d'Ameilhon, si ingénieuse qu'elle soit, et peut-être parce qu'elle est très ingénieuse, nous est suspecte. La superstition n'y regarde pas de si près. Il y a plus : si cette explication était juste, il faudrait convenir que l'épreuve n'en était pas une, parce qu'elle suppose que les sorciers surnagent naturellement. Ce n'est donc pas par l'effet d'une action spéciale de la Divinité ou parce que les sorciers sont sorciers, mais par quelque raison toute physique qui n'a rien de commun avec la sorcellerie. Si les sorciers surnagent naturellement, nous voulons dire si c'était la croyance de ceux qui ont établi l'épreuve de l'eau froide, il aurait fallu précisément poser la question dans un sens tout différent, et décider que les prévenus de sorcellerie en seraient convaincus s'ils immergeaient.

Il faudrait prouver d'ailleurs qu'à l'époque où l'épreuve par l'eau froide a été imaginée, on avait fait les observations dont parle l'auteur, et qu'elles étaient connues des législateurs. Il faudrait prouver que les épreuves de l'eau froide n'avaient lieu que pour la prévention de sorcellerie. Il faudrait, enfin, concilier cette opinion avec l'esprit des autres genres d'épreuves, où la nature est généralement prise à contre-sens, de manière à forcer Dieu à s'intéresser par un miracle au salut de l'innocent plus encore qu'à la perte du coupable. C'est donc plutôt contre l'innocence que contre la culpabilité qu'était posée la question dans l'épreuve. On présumait la culpabilité et l'on attendait de Dieu l'interversion des lois de la nature pour faire

éclater l'innocence si elle existait. Donc en présumant la sorcellerie et en supposant que le sorcier surnage naturellement, c'était l'immersion qu'il fallait attendre dans cette épreuve pour contredire miraculeusement la présomption contraire, s'il y avait lieu, et sauver l'innocence. Donc en se bornant à attendre de Dieu, dans l'épreuve de l'eau froide, que l'accusé de sorcellerie n'enfonçât pas s'il était réellement coupable, ou en supposant que la chose se passerait ainsi, posé cette culpabilité, ce n'était pas attendre un miracle en faveur de l'innocence, c'était s'en rapporter à ce qu'on regardait comme une loi de la nature par rapport à une espèce de culpabilité. Il eût fallu partir, au contraire, de la supposition que l'innocence soumise à l'épreuve de l'eau pour accusation de sorcellerie, doit miraculeusement surnager, puisqu'elle immerge naturellement. Et alors le fait de surnager eût établi l'innocence, loin d'établir la culpabilité. Et si l'épreuve eût été complète, comme elle devait l'être, on n'eût rien conclu, à moins que le même individu qui avait d'abord surnagé, n'eût enfoncé dans la même eau et dans les mêmes circonstances. Si la chose n'était pas arrivée, le miracle eût pu être déclaré inconséquent, non probant, non existant. Mais sans recourir à la contre-épreuve, chose à laquelle on ne semble pas même avoir pensé dans ces temps d'ignorante et crédule barbarie, pourquoi du moins n'avoir pas attendu un prodige contre le coupable, et s'en être tenu à ce qu'on croyait un état de choses naturel à son égard? Nous croyons en entrevoir deux raisons : c'est qu'au fond de cette superstition, il y avait encore une certaine crainte que

l'intervention divine n'eût point lieu, et qu'ainsi les coupables ne fussent pas atteints ; c'est encore qu'appuyé sur la bonté divine, on s'imaginait tout naturellement qu'elle tiendrait moins à faire périr le coupable qu'à sauver l'innocent. Ici ses attributs étaient doublement en jeu ; on s'adressait tout à la fois à sa bonté et à sa justice. Ces raisons psychologiques en valent d'autres.

Un écrivain contemporain que l'érudition n'empêche point de réfléchir, Ozanam, présume que si, par l'épreuve de l'eau, on décidait que celui qui n'enfoncerait point serait regardé comme coupable, c'est que l'on supposait une divinité comme cachée dans l'eau, « qui discerne le malfaiteur, qui ne peut souffrir sa présence, qui le repousse à sa manière, » comme la divinité cachée dans le feu repousse le coupable à sa manière également. C'est cette croyance qu'Ozanam appelle une raison profonde du principe de l'épreuve dans le paganisme du Nord [1].

Je doute que cette raison vaille mieux que la précédente, et que la profondeur des Germains n'appartienne à l'habile interprète de leur coutume. Alors même, en effet, qu'on admettrait que les habitants du Nord (comme ceux du Midi, du reste) croyaient que quelque chose de divin réside dans toute la nature, préside aux divers éléments, la raison serait-elle suffisante pour admettre qu'ils ont fait de cette croyance l'application qu'on suppose ? Et puis, cette application est-elle physiquement plausible ? Pourquoi n'aurait-on

[1] *Les Germains avant le christianisme*, p. 121.

pas raisonné tout autrement, et par conséquent posé la question d'une tout autre façon, tout en partant du dogme en question? Pourquoi n'aurait-on pas dit : La divinité qui réside dans le feu ne repousse pas le coupable qu'on y précipite ; au contraire, elle le pénètre, se mêle à lui pour lui ôter la vie, tout comme elle traite l'innocent lui-même. De même la divinité des eaux enveloppera le coupable, le pénètrera, dissoudra sa substance, aussi bien que celle de l'innocent. Il n'y avait donc pas de raison physique ou métaphysique de poser la question d'une manière différente pour l'eau et pour le feu. On demandait un miracle dans un cas comme dans l'autre, et le miracle n'était évident qu'à la condition que les lois ordinaires de la nature fussent suspendues, que le feu ne brûlât plus, que l'eau cessât d'engloutir un corps d'un poids spécifique supérieur. Voilà le principe. Pourquoi maintenant réclamait-on le miracle contre le coupable dans un cas, et en faveur de l'innocent dans l'autre? Telle est la question. Or, les faits prouvent qu'il n'y a rien de constant dans cette manière de solliciter le miracle ; que tantôt c'est contre le coupable qu'il doit s'opérer, tantôt en faveur de l'innocent. D'où vient donc la différence, encore une fois, car elle a une certaine universalité? Eh bien! elle vient des raisons que nous avons données plus haut, appliquées à ce fait, qui a varié suivant les peuples, les temps et les conjonctures. S'agissait-il de soumettre à l'épreuve un homme présumé innocent : on choisissait un genre d'épreuve où le miracle dût atteindre un criminel. S'agissait-il, au contraire, d'une personne présumée coupable : le genre

d'épreuve était alors tel, que l'accusé ne pouvait échapper que par un miracle.

Les officiers de justice préposés à l'épreuve savaient parfaitement la modifier, de manière à perdre ou à sauver qui bon leur semblait. Je ne dis pas que, dans le principe, la fourberie, ou, si l'on veut, une sorte de nécessité morale, ait eu cette large part dans les décisions regardées par le peuple comme providentielles ; mais il ne serait pas difficile d'établir la grande vraisemblance que l'épreuve a fini par n'être, en général, qu'un instrument pour perdre ou sauver les accusés au gré de ceux qui avaient entre leurs mains ce terrible moyen. Le fanatisme seul a pu résister à l'évidence que Dieu n'entend pas qu'on le tente, même au profit de l'innocence. Que ce fanatisme ait duré, ici et là, autant que les épreuves elles-mêmes, je le crois ; mais il n'était pas sans exception, et n'avait même jamais existé dans la pensée traditionnelle de ceux qui avaient imaginé l'épreuve comme un moyen secret de condamner ou d'absoudre leurs ennemis.

En résumé, l'hypothèse d'Ozanam manque de vraisemblance intrinsèque :

1° Parce que l'eau ne repousse pas le corps qu'elle supporte, puisqu'au contraire, elle le pénètre et s'en laisse pénétrer insensiblement ;

2° Parce que, tout en le laissant tomber au fond du réservoir qui la renferme, elle n'en reste pas moins distincte dans ses éléments ;

3° Parce que l'eau, qui permet à un corps de s'enfoncer plus ou moins, aurait donc plus ou moins

de sympathie pour ce corps, l'attirerait en partie, le repousserait en partie ;

4° Parce que le corps qui déplace un volume d'eau tel que ce corps est immergé jusqu'à sa surface supérieure, mais pas davantage, n'est pas plus en contact avec l'eau que s'il se précipitait au fond et s'y déposait, à plus forte raison s'il devait s'enfoncer dans la vase et finir par être enterré ;

5° Parce qu'il faudrait dire qu'un corps qui flotte convient à l'eau quant aux parties de ce corps qu'elle touche, et lui répugne pour le reste ; en sorte qu'un cube, une sphère ou un cylindre présenteraient indifféramment les mêmes parties à l'eau et les mêmes parties dehors, ou que les sympathies et les antipathies de la nymphe qui habite cette eau seraient aussi mobiles que le vent.

Si ces raisons n'ont rien que de fort simple, si elles ont dû frapper les esprits les plus obtus, il n'est pas du tout présumable que l'explication d'Ozanam soit vraie. Elle ne l'est pas surtout si l'on admet que l'épreuve ait été imaginée avec une certaine bonne foi, et que ceux qui l'ont inventée aient cru à la sagesse, à la puissance et à la justice de leurs divinités.

On ne peut donc faire honneur du tour favorable donné aux épreuves, à ceux qui les ont instituées, qu'en accusant leur foi. Il est évident, en effet, que les épreuves sont fondées sur l'hypothèse de l'intervention de la justice divine soit pour sauver l'innocent, soit pour perdre le coupable en protégeant la société. Or, décider à l'avance que le cours ordinaire des choses sera pour l'innocence, par la raison qu'on

se méfierait de l'intervention de Dieu dans l'hypothèse contraire, ce serait renier le principe même qui sert de base à l'épreuve, ou se faire une singulière idée des attributs moraux de Dieu, de sa justice et de sa bonté. Il est trop évident que la chance pour ou contre l'innocence ne fait rien à l'affaire si Dieu intervient; s'il n'intervient pas, c'est l'épreuve elle-même qui est un moyen vicieux de procédure.

Et c'est précisément ce dernier cas qui est le vrai. Non-seulement l'épreuve était mauvaise pour la fin qu'on se proposait, mais elle était très propre encore à répandre dans les esprits des germes d'incrédulité et d'athéïsme. Tant il est vrai que le défaut de sagesse dans les choses de la religion, les croyances sans lumières, la foi sans la raison, loin d'être utiles, sont nuisibles à tous égards! Tant il est vrai que le mélange de la religion aux affaires de la vie civile est contraire à la nature de la religion comme à celle de la société même! Tant il est vrai que les voies de la Providence sont inconnues, et que l'homme, tout en les respectant, tout en priant, tout en espérant, doit suivre sa propre loi, et être à lui-même sa première providence, puisque Dieu ne lui a pas donné la raison à une autre fin!

Mais voyons les faits ; ils nous convaincront, je l'espère, et de l'égarement de l'esprit humain, et de la manière dont ceux qui gouvernent les hommes cherchent ou à corriger les malheureux effets d'une superstition qu'ils ne peuvent ou n'osent détruire, où à tourner cette faiblesse au profit de leur pouvoir. Les faits parleront si haut, qu'ils demanderont peu d'explication.

Chez les Quojas, les accusés de crimes imparfaitement constatés sont soumis à l'épreuve du bellim, mélange d'herbes et d'écorces de la composition du bellimo ou grand-prêtre. On force l'accusé de recevoir ce mélange dans sa main. S'il est coupable, les nègres sont persuadés que sa peau portera sur-le-champ quelque marque de feu, mais qu'il ne ressentira aucun mal s'il est innocent.

Quelquefois le bellimo fait avaler un grand verre d'une liqueur composée par lui-même avec l'écorce du *neno* et du *quoni*, deux arbres qui passent pour être très vénéneux. Ceux qui ont la conscience nette vomissent immédiatement, et ne se portent que mieux après cette opération. Les coupables ne jettent que de l'écume par la bouche, et sont alors jugés dignes de mort [1].

Chez les Ioloffs, si un homme nie le crime qu'on lui impute, on lui applique sur la langue un fer rouge. Il est déclaré coupable ou innocent, selon qu'il se montre ou non sensible à l'atteinte du feu; et tous les accusés ne sont pas condamnés.

Pour connaître la vérité d'une accusation, on jette encore le serpent à chaperon appelé *nagâ* dans un pot de terre profond, où on laisse tomber un anneau, un cachet ou une pièce de monnaie que l'accusé est tenu de retirer avec la main. Si le serpent le mord, l'accusé est déclaré coupable, et dans le cas contraire il est réputé innocent [2].

[1] *Collect. génér. des voyag.*, t. III, p. 604.
[2] EUSÈBE SALVERTE, *Des sciences occultes*, t. I, p. 349, 377.

A Loango, lorsque la culpabilité du prévenu ne paraît pas assez claire, on le soumet aux épreuves du poison et du feu, que les prêtres dirigent. Une des épreuves les plus bizarres consiste à faire prendre aux deux parties en présence l'infusion d'une racine nommée *imbondo* : ou cette boisson fait évacuer et uriner, ou elle agit sur le cerveau comme un poison narcotique; le peuple attend l'un de ces deux effets : le patient qui rend promptement la boisson par les voies urinaires ou autrement est proclamé vainqueur; l'infortuné qui, après un court laps de temps, ne peut la rendre et se trouve saisi de vertiges passe pour coupable. « Il n'urine pas! » s'écrie la multitude, et aussitôt elle se jette sur lui, l'accable de coups et le met à mort[1].

En Guinée, si une femme est suspecte à son mari, il lui apporte du sel avec un certain breuvage, et lui fait jurer au nom du fétiche (*fetinos*) qu'elle est innocente. Si elle est coupable, elle est censée devoir expier par une mort subite son infidélité et son parjure; autrement, elle est réputée innocente. Un mari qui garderait une femme coupable serait méprisé de tout le monde. De là des querelles fréquentes, et même des meurtres. Le complice de la femme doit payer une amende au roi, et n'est à l'abri des poursuites du mari qu'à la condition de quitter le pays[2].

Chez d'autres peuplades de nègres de la Guinée, on purge quelquefois une accusation en prenant

[1] ZACCHELLI et ORLENDORP, *Histoire de la mission*.
[2] LINTSCOT, VIe part., p. 11. Orlendorp rapproche ce genre d'épreuve de l'eau de probation des Juifs.

une liqueur appelée *enchion benou*, composée des mêmes simples et des mêmes ingrédients que les idoles du pays. Quoiqu'elle n'ait rien de malfaisant en elle-même, les nègres sont persuadés que, par d'autres vertus qu'elle a reçues des enchantements des prêtres, on ne peut en boire pour soutenir le mensonge ou l'imposture sans s'exposer aux plus affreuses calamités [1].

Dans le royaume de Benin il y a cinq manières de purger une accusation :

1° L'accusé est conduit devant le prêtre, qui graisse une plume de coq et lui en perce la langue. Si la plume pénètre aisément, c'est une marque d'innocence, et la blessure se ferme avec peu de secours. Mais si la plume s'arrête dans la langue et cause de l'embarras à l'opérateur, c'est un si mauvais signe que le crime n'a plus besoin d'autre preuve.

2° Le prêtre prend un morceau de terre, qu'il pétrit en longueur, et dans lequel il a fait entrer sept ou neuf plumes de coq, que la personne soupçonnée doit tirer successivement. Sortent-elles sans peine, innocence démontrée ; autrement, conviction du crime.

3° En crachant le jus de certaines herbes dans les yeux de l'accusé. S'il n'en ressent aucun mal, il est renvoyé libre ; si ses yeux deviennent rouges et enflammés, il est déclaré coupable et condamné à payer l'amende.

4° Le prêtre frappe trois fois l'accusé sur la langue

[1] Barbot, *Description de la Guinée*, p. 299. Je trouve le même fait rapporté un peu différemment par un écrivain plus ancien que Barbot. — V. Lintscot, VI° part., p. 63.

avec un anneau de cuivre chauffé au feu. S'il y a brûlure, l'innocence est déclarée ; la culpabilité résulte de l'événement contraire.

5° La manière suivante de purger une accusation est fort rare ; elle ne s'emploie que dans les crimes de premier ordre, et si l'accusé demande à se purger par serment. On commence par s'adresser au roi pour obtenir sa permission. Le prisonnier est ensuite conduit sur le bord d'une rivière à l'eau de laquelle on attribue l'étrange propriété de soutenir un innocent qu'on y plonge, quand il n'aurait jamais su nager, et de le repousser doucement sur la rive ; tandis qu'au contraire elle ouvre son sein pour abîmer le plus habile nageur s'il est coupable. Aussitôt qu'il y est jeté, disent les nègres, l'eau s'agite comme dans le tournant d'un gouffre, et ne redevient tranquille que lorsqu'il est au fond [1].

Lemaire dit qu'un nègre accusé sans pouvoir être convaincu est obligé de lécher trois fois un fer brûlant. S'il résiste à cette épreuve, on le déclare innocent. Barbot ajoute qu'il est dispensé du châtiment, mais que l'accusateur et lui sont également obligés de quitter le pays [2].

Ce genre d'épreuve ressemble beaucoup au quatrième que nous venons de voir. Mais la déclaration d'innocence est dérisoire, puisqu'elle aboutit au bannissement. On ne s'en rapporterait donc pas au jugement du ciel, tant on désire trouver un coupable ! Il

[1] NYENDAL, dans Bosmann, p. 451.
[2] BARBOT, p. 35.

est vrai que les peuples sauvages croient très facilement à la sorcellerie, et qu'alors la preuve de l'innocence peut encore être suspecte.

Les nègres du Congo ont une épreuve solennelle qu'ils appellent *motamba*. On met au feu une hache que le gonga ou prêtre de l'idole en retire brûlante, et qu'il approche de la peau de l'accusé. Si l'accusation tombe sur deux personnes, il met la hache entre les jambes de l'une et de l'autre sans les toucher. L'ardeur du feu ne laisse-t-elle aucune impression, c'est une preuve d'innocence ; au contraire, une trace de brûlure établit la réalité du crime [1].

L'épreuve du khilambo est à peu près de même nature. On passe sur la jambe de l'accusé un fer rougi au feu, et l'état de la peau fait juger du crime ou de l'innocence. L'imposture des prêtres consiste ici, d'après Merolla, dans quelques préparations de nature à empêcher la transmission de la chaleur, préparations qu'ils tiennent cachées dans leurs mains, et dont ils frottent habilement la jambe de l'accusé qu'ils veulent épargner [2].

« A Madagascar, les épreuves se font par le feu, par l'eau et par le tanguin. Par le feu : on passe sur la langue de l'inculpé un fer rouge ; s'il n'en résulte aucune brûlure, il est déclaré innocent. Par l'eau : l'accusé s'appuie sur une grosse pierre, la partie inférieure du corps dans l'eau ; de chaque côté se tiennent des hommes armés de zagaies. Pendant un temps déterminé, l'inculpé reste dans cette posi-

[1] *Pilgrimage of* PURCHASS, t. IV, p. 766.
[2] *Ibid.*

tion, et si de la vague qui vient frapper contre lui une seule goutte d'eau lui mouille la partie supérieure du corps, il est évidemment coupable, et à l'instant même une pluie de zagaies tombe sur lui. Les Antagmours s'en remettent encore au caïman : l'inculpé est amené sur le bord de la rivière d'où l'on aperçoit le hideux caïman se roulant au milieu d'herbes boueuses ; il se précipite et va passer sous la dent du monstre, qui l'épargnera certainement s'il est innocent. Enfin, par le tanguin, qui est la preuve la plus détestable lorsqu'on songe au fréquent usage qu'en font les indigènes. Pour dissiper le moindre doute, on condamne le Malgache à boire du tanguin. Le tanguin est un poison très violent dont le devin seul connaît la composition ou l'origine, que lui seul administre et à la dose qu'il lui plaît. Aussi, à moins que l'inculpé ne soit d'une très robuste constitution, ou plutôt dans les bonnes grâces du devin, il meurt au milieu des plus horribles contorsions. Ainsi justice est faite. Faut-il ajouter que, pour comble d'iniquité, le devin partage avec les princes les biens du coupable »[1] ?

En Egypte, si le prévenu niait, un oracle était consulté et décidait souverainement entre l'accusé et les accusateurs[2]. Cet appel aux dieux ou à leurs ministres fut, dans tous les siècles et presque dans tous les pays, un moyen adopté pour prononcer sur les accusations dont le jugement était difficile ou incertain.

[1] M. A. Chauvot, *Liberté de penser*, nº du 15 octobre 1848. L'épreuve du tanguin est racontée un peu différemment dans Malte-Brun, t. VII. p. 737, d'après les manuscrits de M. Colin.

[2] Hérod., II, 74

L'Egypte eut aussi recours à la torture pour arracher l'aveu aux accusés ; on l'employa avec succès contre des hommes prévenus d'avoir pillé le temple d'un dieu [1].

Dans l'Inde, on faisait prendre du feu à l'accusé avec la main ; on lui ordonnait de plonger dans l'eau, de toucher séparément la tête de chacun de ses enfants et de sa femme. Celui que la flamme ne brûlait pas, que l'eau ne faisait pas surnager, auquel il ne survenait pas de malheur promptement dans les personnes touchées, devait être reconnu comme véridique dans son serment [2]. Nulle part, dit Grimm, le jugement de Dieu n'est plus enraciné et plus en usage que dans l'Inde [3]. Suivant W. Hastings, on y pratique neuf sortes d'épreuves : 1° par le chariot, 2° par le feu, 3° par l'eau seule, 4° par le poison, 5° par l'eau où a été plongée une idole, 6° par le riz (*judicium offæ*), 7° par l'huile bouillante, 8° par le fer rouge, 9° par la statue d'argent ou d'acier [4].

Maitenant encore les épreuves sont de quatre sortes : celles de l'eau, du feu, de la pesée et du poison. Dans l'épreuve par l'eau, l'accusé est plongé avec une *certaine* pierre dans le fond d'une eau courante. Si l'homme reste au fond de l'eau et que la pierre surnage, la culpabilité est démontrée ; si, au contraire, l'accusé surnage et que la pierre descende au fonu de l'eau, la culpabilité n'est pas établie. Dans l'épreuve par le feu, on fait marcher l'accusé sur des barres de

[1] Lucien, *Toxaris ou De l'amitié.*
[2] *Lois de Manou,* VIII, 114-115.
[3] Grimm. p. 908 et suiv.
[4] *Asiatic. researches,* t. I.

fer rougies, on les lui fait prendre aux deux mains; il doit même y passer la langue. Si aucune partie de son corps n'est brûlée, il est déclaré innocent; il est réputé coupable dans le cas contraire. Dans l'épreuve par la pesée et par le poison, il faut également un miracle ou quelque supercherie pour être reconnu innocent [1]. Dans l'Indoustan, on met encore l'accusé sur le plateau d'une balance. S'il est coupable, son crime est censé se manifester en ajoutant au poids déjà connu de son corps; ce qui suppose deux pesées, dont la seconde, comparée à la première, et décisive. S'il est plus léger qu'auparavant, il est déclaré innocent; s'il est plus lourd, ou si la balance se rompt, il est déclaré coupable. S'il reste en équilibre, il faut recommencer l'épreuve : alors, dit le livre sacré, il y aura certainement une différence de poids. Le fer rouge, l'huile et l'eau bouillante sont aussi des épreuves en usage dans l'Indoustan. Les voyageurs ont été témoins de ces épreuves et de leurs résultats divers [2].

Une singularité dans les deux espèces d'épreuves prescrites par Manou, c'est qu'elles semblent avoir été conçues de manière qu'en choisissant l'une ou l'autre on dût physiquement trouver un innocent ou un coupable. Ainsi, est réputé véridique dans son serment, celui qui ne se brûle pas au contact de la flamme et celui qui ne surnage pas dans l'eau. Toute épreuve, avons-nous dit déjà, est une question adressée aux lois de la nature : si cette question est conçue de ma-

[1] *Examen méthodique des faits concernant l'Inde*, trad. du chinois par M. G. Pauthier, p. 127 et 128.

[2] Eusèbe Salverte, op. cit., t. I, p. 171, 344. 345.

nière à ne trouver d'innocence et de culpabilité qu'à la condition d'un miracle, on risque fort de ne trouver que des coupables ou des innocents. Une troisième espèce d'épreuve pouvait être ou plus dangereuse ou plus favorable : on était aussi réputé avoir dit vrai si, dans un temps donné, il ne survenait pas d'accident dans la famille.

Au Thibet, l'épreuve par l'eau bouillante se fait de la manière suivante : on jette au fond d'une chaudière d'eau bouillante une pierre blanche et une noire ; les deux parties y plongent les bras en même temps ; celle qui ramène la pierre blanche gagne le procès [1].

Chez les Arabes nomades, c'est une cuiller en fer qui sert au jugement. Bien entendu que là, comme ailleurs, le plus souvent le brûlé a tort [2].

Les Japonais connaissent les épreuves par le feu et par le breuvage [3].

A Siam, la question supplée aux preuves : il y a l'épreuve par le feu, par les pilules, par les tigres [4].

Il y a plus d'une raison pour que les Juifs aient dû avoir l'épreuve judiciaire. On ne peut donc être étonné d'y rencontrer les Eaux de jalousie ; le sort, comme dans l'histoire de Jonathas et de Jonas. On en retrouve encore des traces dans l'histoire de Coré, Dathan et Abiron, dans celle de Zaré et d'Acan [5].

Si l'on passe de l'Orient à l'Occident, l'épreuve se

[1] V. GRIMM, p. 908 et suiv.
[2] V. GRIMM, p. 908 et suiv.
[3] *Id.*, p. 937, d'après KÆMPFER, l. III, c. 5.
[4] LALOUBÈRE, *Descript. du voy. de Siam*, p. 246.
[5] V. Nombre XVI, I *Reg.* XIV, 4 ; JONAS, I.

rencontre ici comme là, tant elle semble inhérente à l'esprit humain encore sauvage ou barbare, et même parvenu à un degré supérieur de civilisation. Les Grecs avaient deux sortes de jugements de Dieu : le fer rouge (μύδρος) et le passage à travers un bûcher[1]. On voit dans Georges Acropolita que l'épreuve par le fer rouge était encore en usage dans le Bas-Empire.

En Sicile, l'accusé jurait qu'il était innocent ; le serment était écrit sur une tablette et jeté dans un lac sacré (*lacus Palicorum*). Si les tablettes s'enfonçaient, l'accusé était coupable. Achille Tatius parle d'une fontaine de ce genre à Ephèse ; elle servait à juger les serments d'amour[2].

Il est étonnant que les Romains, d'ailleurs si gravement superstitieux, n'aient pas admis l'épreuve judiciaire. Faut-il en faire honneur à leur bon sens ? Cette explication semble impossible, puisqu'ils admettaient tant d'absurdités religieuses. Mais si l'on remarque, d'un autre côté, que leur religion était un grand moyen politique et que ceux qui l'employaient n'en étaient pas plus dupes que Numa lui-même ; que, d'un autre côté, la notion de la justice était plus développée chez les Romains que chez aucun autre peuple de l'antiquité, malgré la conduite souvent injuste de ce peuple ambitieux et conquérant, il sera peut-être facile de comprendre comment les Romains, doués d'un bon sens supérieur et amis de la justice, qu'ils comprenaient bien lorsque l'intérêt public n'étouffait pas le cri de

[1] SOPHOCL., *Antig.*, 264.
[2] V. GRIMM, p. 308 et suiv.

la conscience, n'ont pas adopté un usage judiciaire absurde, injuste, lors surtout qu'ils possédaient une jurisprudence et une procédure d'une grande sagesse, et que le peuple, longtemps juge souverain en matière criminelle, n'avait besoin que de sa conscience et de ses passions pour rendre ses jugements. Il pouvait être jaloux de sa liberté au point de refuser l'entrave des preuves légales.

Chez quelques nations de la Belgique, où le Rhin était l'objet d'un culte superstitieux, on trouvait une institution bizarre : c'était le fleuve qui éprouvait la fidélité des épouses. Lorsqu'un mari dont la femme était en couches avait des raisons de douter de sa paternité, il prenait l'enfant nouveau-né, le plaçait sur une planche (d'autres disent sur un bouclier), et l'exposait au courant du fleuve. Si la planche et son précieux fardeau surnageaient librement, l'épreuve était réputée favorable, tous les soupçons s'évanouissaient, et le Gaulois retournait plein de joie et de confiance au foyer domestique. Si, au contraire, la planche commençait à enfonçer, l'illégitimité de l'enfant paraissait démontrée, et le père, devenu impitoyable, laissait s'engloutir un être dont l'existence le déshonorait [1].

Les Germains n'avaient guère moins d'espèces d'épreuves que les Indiens. C'étaient : 1° le duel, 2° le fer chaud, 3° l'eau chaude, 4° le serment, 5° l'eucharistie, 6° le jugement de la croix, 7° le morceau pro-

[1] JULIAN., *Epist.* XV, *ad Maxim., phil.*; — Idem, *Orat.* II, in *Constant., imper.* — *Anthol. gr.*, l. 1, c. 43, ép. 1, apud AMÉD. THIERRY, *Histoire des Gaulois.*

batoire et le fromage maudit, 8° l'épreuve du sang. Struvius [1], qui rapporte ces sortes d'épreuves, donne sur chacune d'elles quelques détails. « Le duel, dit-il, fut souvent défendu, surtout par Alexandre III au concile de Latran (1179), par Célestin III (1195), par Grégoire IX, par le concile de Tolède (1472), par Sixte IV et par le concile de Trente. » Nous verrons dans le chapitre suivant, que les gens d'Eglise n'étaient pas unanimes en ce point. Quoi qu'il en soit, l'Eglise semble avoir eu beaucoup moins de répugnance pour d'autres genres d'épreuve. pour celle du fer chaud, par exemple, puisqu'elle y intervenait par ses prières. Nous remarquons surtout les paroles suivantes : « Ita si innocens hoc ignitum in manus acceperit, illæsus adpareat. « Il faut dire toutefois que non-seulement des empereurs, mais aussi des papes, Grégoire III, Etienne V, Honorius III, Alexandre IV, ont condamné cet usage comme superstitieux. Il n'a pas moins régné jusqu'au XIV[e] siècle. Le jugement par l'eau froide ou l'eau chaude, quoique proscrit par Louis le Débonnaire, par les papes Grégoire III, Etienne V, par l'empereur Frédéric II, se maintint en Transylvanie jusqu'au XVIII[e] siècle. Le serment purgatoire, qu'on appelait encore purgation canonique, avait aussi ses rites, ses formules. Il avait de plus ses serments accessoires par les proches, les amis. Ceux qui juraient ainsi s'appelaient *juratores, sacramentales, compurgatores* et *conjuratores*, ordinairement au nombre de douze. Le jugement ou épreuve par l'eucharistie était

[1] *Histor. jures civiles*, c. IX, p. 738-769.

surtout à l'usage des clercs. Il consistait dans la communion accompagnée de cette imprécation : *Corpus Domini sit mihi hodie in probationem*, parce qu'on croyait qu'en cas de culpabilité, l'usage de l'eucharistie serait suivi d'un grand mal [1]. Le jugement de la croix, particulièrement en usage chez les Francs, les Saxons, les Lombards, les Frisons, consistait d'abord dans le serment purgatoire, après quoi l'accusé était conduit à l'église, où l'on coupait une baguette en deux : sur l'un des fragments on faisait une croix ; on les enveloppait tous les deux séparément de laine, de façon à ne pas pouvoir plus les distinguer ; on les plaçait sur les reliques de l'autel, et après avoir prié Dieu de faire connaître si le serment était vrai ou faux, le prêtre ou un enfant prenait l'un des fragments : si c'était celui qui portait le signe de la croix, l'accusé était déclaré innocent ; si c'était l'autre, il était déclaré coupable. Il y avait un autre jugement de la croix qui consistait à tenir les bras en croix pendant qu'on récitait l'Evangile ou quelque autre prière. Ceux qui pouvaient rester dans cet état pendant toute la lecture ou toute la prière étaient réputés innocents ; si les bras leur tombaient avant la fin, ils étaient jugés coupables. Louis le Pieux condamna le jugement de la croix sous sa double forme. La bouchée probatoire, *offa judicialis*, était appelée le *pain d'orge* par les Francs, et *corned*, ou pain maudit par les Saxons. Il était en effet maudit par les paroles sacramentelles que le prêtre récitait avant de

[1] C'est une autre forme que le jugement de l'*offa* et du *caseus*, dont nous parlerons tout à l'heure.

le présenter à l'accusé. Le prêtre maudissait aussi de la même manière un morceau de fromage que l'accusé devait manger. On croyait qu'il en mourrait s'il était coupable. Si l'accusé mangeait sans difficulté et sans inconvénient, la présomption était en sa faveur, son innocence était reconnue. S'il avalait de travers ou rendait le morceau, si des accidents plus graves survenaient, évidemment il était coupable.

L'épreuve du sang consistait à faire approcher du cadavre l'assassin présumé, persuadé qu'on était que le cadavre allait rendre du sang à l'approche du coupable.

Toutes ces épreuves sont dignes des temps d'ignorance; elles varient suivant les imaginations. J'aime autant, pour ma part, le duel des Cossyah que celui des Germains et de leurs descendants. En cas d'incertitude sur la légitimité de la possession d'un objet, le possesseur et celui qui réclamait la chose comme sienne, accompagnés de leurs amis, de leurs partisans, et vêtus de leurs plus beaux habits, s'avancaient vers les bords d'une rivière en poussant des cris et en dansant. Chacun arrivait d'un côté opposé, et quand il était parvenu sur la rive il s'élançait dans l'eau. Celui qui y restait le plus longtemps enfoncé gagnait sa cause. Quelquefois il est nécessaire que les amis du vainqueur le retirent de l'eau. On en a vu qui s'y laissaient asphyxier, quoiqu'elle n'eût que deux pieds de profondeur [1].

On sait combien la procédure par les épreuves était

[1] *Beautés des voyages*, par DE CHANTAL, t. II, p. 332-333.

goûtée au moyen âge. « Ces manières de juger, dit l'abbé Fleury, passaient pour si légitimes, qu'elles étaient appelées *jugements de Dieu*. Aussi y employait-on des cérémonies ecclésiastiques, dont on voit encore les formes, avec les exorcismes de l'eau et du feu, et les prières des messes qui se disaient à cette intention [1]».

Les Francs recouraient principalement à l'épreuve de l'eau bouillante, mais à défaut de preuves seulement [2]. Ils admettaient d'abord les témoins et les cojurants. S'il ne s'en présentait pas, comme on n'avait pas assez de sens pour s'en tenir au *non liquet* des Romains, ou pas assez de ressources dans l'esprit pour s'aventurer dans le domaine de l'induction et de la probabilité, on se réfugiait dans le miracle. La foi prenait la place du raisonnement. Par malheur on se trompait sur le compte de Dieu : il laissait faire; on avait beau l'interroger par l'eau chaude ou froide, par le fer rouge [3], par la croix [4], par le pain et le fromage, par le cercueil [5], par le duel, etc., il ne répondait

[1] *Histoire du droit français*, § IX. — On peut consulter sur ce curieux sujet : DUCANGE, v[is] *Purgatio vulgaris, Judicium Dei*; MORERI, v° *Epreuves*; DANTY, *De la preuve par témoin*; M. MICHELET, *Origines du droit français*, p. 339, 350; BOUCHER D'ARGIS, *Notes sur l'institut. au droit ecclésiastiq.* de Fleury, t. II, p. 158 et s.; LEGENDRE, *Traité de l'opinion*, t. VI, p. 118. V. aussi CANCIANI, *Lég. barb.*; SANDIFORT (P.-E.) *De judiciis diss.*, Lugd. Bat., 1810.

[2] PARDESSUS, *Loi salique; Revue étrang. et franç. de législ.*, t. I, p. 883.

[3] Elle était de plusieurs sortes : tenir la main nue, pendant un certain temps, dans un brasier; passer en chemise à travers un bûcher; la chemise était quelquefois enduite de cire; manier un fer rouge, etc.

[4] C'est vraisemblablement celle de la seconde espèce que les deux parties subissaient; autrement, elle eût pu être contradictoire.

[5] Cette épreuve était connue également en France, en Angleterre et en

qu'en restant fidèle à ses lois ; mais la superstition lui forçait en quelque sorte la main, et prenait son silence pour un aveu[1].

Suivant Grimm, le jugement de Dieu serait d'origine païenne. Il serait plus vrai de dire qu'il est d'origine humaine, et qu'il est contemporain de la superstition, laquelle est de tous les temps, de tous les pays et de toutes les religions, mais à des degrés divers. Plus la Divinité est censée se mêler aux événements humains, plus il est naturel d'admettre l'épreuve. Aussi se retrouve-t-elle dans toutes les théocraties : les Juifs l'employaient régulièrement dans certains cas, par exemple, pour s'assurer si le lien conjugal avait été brisé ou non par l'adultère.

Mais il est vrai de dire, et c'est là toute la pensée de Grimm, que les épreuves étaient connues des peuples germains avant leur conversion au christianisme, et que cette religion ne fit qu'en consacrer l'usage en lui donnant ses propres couleurs. Cependant des évêques essayèrent de l'extirper : Agobard, évêque de Lyon (813-840), écrivit deux livres contre le jugement de Dieu, devenu fort rare chez les Germains. Le duel, qui en est une forme et probablement la plus ancienne chez un peuple encore plus courageux que superstitieux, était le grand moyen de terminer une affaire.

Ecosse. V. les *Nibelungen*, 984-986 ; LEGRAND D'AUSSY, *Fabl.*, III, 407, 408, et SHAKESPEARE, *King Richard III*, act. I, sc. 2.

[1] Certains pays avaient leur jugement de Dieu particulier. A Mandeure, c'était un bâton sous lequel il fallait passer. Point d'exemple que le coupable s'y hasardât : il restait seul et trahissait son crime ; MUMPELGARD. *Géog.*, *Ephém.*, t. XLXI, 1815, p. 375, 376. V. GRIMM, p, 908.

Déjà dans les lois les plus anciennes, le jugement de Dieu est restreint aux esclaves : les hommes libres se justifiaient par serment. La loi salique n'en dispense pourtant que les nobles, et non les simples ingénus.

Les hommes qui ne trouvaient point de cojurateurs, les femmes qui ne trouvaient point de champions, comme beaucoup de prétendues sorcières, subissaient l'épreuve de l'eau [1].

A Didynothèque (ville de Thrace), vers l'an 1340 de notre ère, une femme reçoit de son mari l'ordre de prouver son innocence en subissant l'épreuve du fer rouge. Les soupçons du mari étaient fondés ; la femme le confesse à l'évêque de la ville, qui cependant lui conseille d'affronter l'épreuve. Elle s'y soumet : trois fois elle fait le tour d'une chaise portant la barre de fer rouge sans se brûler, puis, au commandement du mari, elle le dépose sur la chaise, qui prend feu aussitôt. Le mari ne doute plus de la fidélité de sa femme [2].

Les Slaves, dit Grimm, connaissaient l'épreuve par le feu. On en trouve des exemples jusqu'en 1248 [3]. Nous allons voir qu'ils en connaissaient d'autres espèces encore, et qu'ils les conservèrent jusqu'au XVIe siècle au moins. Macieiowski nous apprend, en effet, que chez tous les Slaves, les jugements de Dieu avaient lieu par le duel, l'eau et le fer chaud. Cette superstition gagna d'abord les Polonais vers le milieu du XIIIe siècle, puis les Bohémiens, et s'enracina par-

[1] GRIMM, *ibid.*
[2] EUS. SALVERTE, op. cit., t. I. p. 346.
[3] Op. cit.

ticulièrement dans la Servie, où elle dure encore, ainsi qu'en Bulgarie et chez les autres Slaves des monts Carpathes. Il n'est plus question des jugements de Dieu dans le droit polonais et masovien depuis le XIV[e] siècle; mais la noblesse de la Poméranie s'y montra plus longtemps attachée[1].

Les jugements par l'eau avaient lieu en Bohême de la manière suivante : si les témoins des deux parties ne prouvaient rien, ou qu'ils fussent tous d'accord, l'accusateur devait parcourir à la nage, trois fois de suite, une étendue d'eau déterminée. L'accusé nageait de son côté à distance. Celui des deux qui se noyait était réputé coupable; et si l'accusé parcourait trois fois la distance voulue, il était tout à fait disculpé. Cette espèce d'épreuve avait lieu pour les vols, les rapines et autres dommages causés à la propriété. En Moravie, l'épreuve du fer chaud servait à éclaircir les doutes en semblables cas[2].

Les jugements de Dieu datent d'un temps immémorial chez les Lithuaniens; mais ils sont devenus de plus en plus rares. Souvent, en Pologne, on recourut à l'épreuve de l'eau froide contre un accusé. C'était plutôt une coutume que l'œuvre d'une législation positive, car aucune loi nationale ne parle des épreuves.

La Russie garda l'usage des jugements de Dieu jusqu'à l'époque du czar Fédor Jwanowitsch.

En Danemark, au XI[e] et au XII[e] siècle, l'épreuve par le fer rouge, le *jernbyrd* (littéralement acte de porter le fer) ou *jarn*, était de trois sortes :

[1] Op. cit., t. II, p. 176, 177.
[2] Macieiowski, t. II, p. 179, 180.

a) Le *Trugsjern* (*Trug*, allem. *Trog*, huche, auge), ainsi nommé parce que l'accusé devait, à une distance de douze pas, lancer le fer brûlant dans une auge. S'il n'y réussissait pas, il le lançait de nouveau. Si ses mains étaient intactes, son innocence était prouvée. Cette espèce d'épreuve était usitée surtout dans les affaires de vol. Mais le demandeur devait d'abord assurer la justice de sa demande par un serment.

b) Le *Skudsjern* (lancer le fer). L'accusé portait le fer rouge l'espace de neuf pas, et le lançait ensuite loin de lui ; s'il le jetait trop tôt, ou si sa main était brûlée, coupable. Usité dans les affaires d'impudicité. Le plaignant devait être assisté de deux témoins.

c) Le *Skra*. L'accusé devait marcher sur douze socs de charrue brûlants. Usité dans les affaires de meurtre [1].

L'épreuve par le feu était connue en Irlande [2].

L'Angleterre connut également les ordalies (*ordel*). On y recourait, suivant la coutume germanique, quand on ne pouvait réunir le nombre de cojurateurs voulu.

Les deux épreuves les plus communes chez les Anglo-Saxons était l'eau bouillante et le fer rouge. Deux autres épreuves d'origine chrétienne étaient la *bouchée consacrée* (*corsnæd*) et la *croix*.

Mêmes dispositions ici à l'égard de l'*incredibilis* que pour le serment : dans l'épreuve simple, le fer rouge pesait une livre ; il en pesait trois pour l'épreuve

[1] KOLDER., § 74, p. 143.
[2] GRIMM. *Ibid.*

triple. Dans l'épreuve de l'eau, l'épreuve simple consistait à plonger seulement la main dans la chaudière; l'*incredibilis* devait y plonger le bras jusqu'à l'épaule. Avant de subir l'épreuve, l'accusé jurait quelquefois avec des cojurateurs. On appelait ce serment *forath* [1].

En 1065, des moines angevins produisirent pour témoin dans un procès, un vieillard qui subit l'épreuve de l'eau bouillante sans en ressentir le moindre mal [2].

En Bretagne, un collier de fer, dit de saint Jané, servait à l'épreuve de la vérité des serments, et étranglait infailliblement l'homme coupable et parjure [3].

En Autriche, une jeune fille justifiait de sa pureté en soufflant un cierge et en le rallumant de la même manière. Même croyance en Espagne: *Matar un candil con un soplo y encenderlo con otro* [4].

[1] PHILIPPS, p. 270, 276, 277.
[2] EUS. SALV., t. I, p. 347.
[3] CAMBRY, *Voy. dans le département du Finistère*, t. I, p. 173.
[4] V. GRIMM.

CHAPITRE XIII

Du duel judiciaire.

SOMMAIRE

1. Abus de l'épreuve et du serment purgatoire.
2. Remède cherché dans le combat judiciaire. — Loi de Gondebaud.
3. Qui pouvait être provoqué au combat.
4. Le duel judiciaire n'était encore qu'une sorte d'épreuve.
5. Avantage du duel sur l'épreuve et le serment.
6. Pour quelle raison il ne fut pas admis par la loi salique.
7. Qu'est-ce, au fond, que ce mode de procédure, plus ancien que l'épreuve et le serment.
8. Nécessité de réglementer le duel.
9. Réflexions de Mably.
10. Duel judiciaire repoussé par la loi lombarde.
11. Duel maintenu par les gens d'épée; consacré, pratiqué même par les gens d'Eglise.
12. Comment on justifiait les chances les plus propres à le discréditer.
13. Saint Louis l'interdit dans ses domaines. — Il le restreint du moins. — Disposition des Assises de Jérusalem.
14. Il ne pouvait plus avoir lieu dans le royaume sans l'autorisation du roi.
15. Aboli en Danemark, où il est remplacé par l'épreuve et le serment. — Réflexion de Montesquieu.
16. S'ajoutait en Angleterre, depuis la conquête des Normands, aux épreuves par l'eau bouillante et par le fer rouge.
17. Le duel judiciaire en Russie, en Hongrie, en Bohême, en Pologne.

Aux épreuves, qui formaient un des éléments de la conviction des juges ; au serment, qui avait aussi joué un grand rôle dans la procédure criminelle des temps antérieurs, succéda une forme judiciaire aussi incertaine pour le moins, mais plus en harmonie avec l'es-

prit guerrier et chevaleresque de la féodalité : le duel judiciaire. Le serment avait été vainement entouré de toutes les précautions les plus propres à contenir le témoin ou la partie dans le respect de la vérité. En vain on avait décidé qu'il serait prêté sur l'Evangile, sur l'autel, sur les reliques des saints, sur l'hostie, à jeûn ; en vain le parjure fut déclaré incapable de témoigner à l'avenir en justice, condamné à perdre la main droite : il se trouvait des hommes toujours prêts à se parjurer [1], même pour le profit le plus modique, pour le prix de la nouriture d'un seul jour. Et ce qu'il y avait de bizarre, c'est qu'on pouvait faire jurer pour soi sans être civilement responsable de la peine réservée au parjure.

Le duel judiciaire se présenta donc comme une sorte de preuve subsidiaire, qui offrait plus de garantie à une conscience droite et ferme, et qui en offrait moins à la lâcheté, à l'injustice et au mensonge. C'était d'ailleurs un moyen de se soustraire à la juridiction cléricale, dont l'ambition devenait suspecte, et qui ne faisait souvent qu'abriter le parjure sous des formes respectables, sans pouvoir le punir.

Le duel n'avait pas lieu entre les parties seulement : il pouvait atteindre les témoins et même les juges. C'était une manière de poursuivre le faux témoin, de se venger du véridique, comme aussi d'appeler d'une

[1] V. *Loi des Bourguinons*, tit. VIII, § 1 et 2, et tit. XLV. Voir aussi *Loi des Thuringiens*, tit. I, § 31 ; VII, § 6, VIII ; — *Loi des Allemands*, LXXXIX ; — *des Bavarois*, VIII, ch. II, § 6 ; ch. III, § 1, et tit. IX, ch. IV, § 4 ; — *des Frisons*, tit. II, § 3 ; XIV. § 4 ; — *des Lombards*, liv. I, tit. XXXI, § 3 ; tit. XXXV, § 2 (MONTESQ.)

sentence dont on croyait avoir à se plaindre. On pense bien que ce genre de procédure fut, dans sa brutalité même, soumis à certaines règles, ce qui a fait dire à Montesquieu que les hommes mettent de la raison jusque dans la déraison.

Malgré toutes ces précautions, le duel n'était encore qu'une sorte d'épreuve où la part du hasard était plus forte que celle de la foi, tandis que dans l'épreuve ces deux parts étaient égales pour les parties qui la subissaient avec conviction. Cependant les chances sont rarement idendiques dans le duel même pour les duellistes de profession. Aussi n'est-ce pas là précisément qu'était le hasard; de deux champions qui devaient se battre, l'un portait dans le champ clos des dispositions qui lui assuraient l'avantage, comme à l'autre la défaite. Mais le hasard était essentiellement dans le rapport des chances les plus favorables à celles du bon droit. Ici point d'harmonie qui puisse être préétablie par la loi; le hasard reprenait donc d'une main ce qu'il semblait abandonner de l'autre.

Au fond, le duel était une loterie. Il avait cependant cet avantage sur l'épreuve que l'accusé injustement pouvait y trouver son salut, tandis qu'il devait nécessairement succomber à une épreuve négative sincère. On conçoit donc que le duel ait remplacé l'épreuve. On le conçoit encore dans le système du serment purgatoire ou des cojurateurs : un plaignant sûr de son droit comme de son courage, mais peu confiant dans la probité de son adversaire et de ses proches ou de ses clients, devait préférer la bataille au serment personnel ou collectif de son adversaire et de ses amis.

Il était donc naturel que la loi des Ripuaires et celle de presque tous les autres peuples barbares, qui étaient pour les preuves négatives, cherchassent dans le duel un moyen d'en corriger les abus. Mais peut-on dire avec Montesquieu que le duel n'entra pas dans la loi salique par la raison qu'elle n'admettait pas les preuves négatives [1]? Qu'est-ce donc que l'épreuve par l'eau bouillante, si ce n'est pas une preuve négative? Et Montesquieu reconnaît [2] qu'elle était écrite dans la loi salique, bien que cette loi tolérât le rachat de la main de l'accusé, si l'accusateur y consentait, et s'il voulait bien, moyennant une certaine somme fixée par la loi elle-même, se contenter de la déclaration de quelques témoins qui affirmaient par serment l'innocence de l'accusé. Cette déclaration elle-même était encore, de l'aveu de Montesquieu, une preuve négative.

Il nous paraît plus vraisemblable de dire que l'insuffisance, l'incertitude du combat judiciaire n'avait guère moins frappé l'auteur ou les auteurs de la loi salique que l'incertitude des épreuves elles-mêmes.

Le duel est en effet un instinct antisocial et sauvage. On a beau le réglementer, en faire une institution, il reste au fond ce qu'il est essentiellement, un procédé brutal, une question d'habileté, de souplesse ou de force. Ce moyen de vider un différend a été, sans contredit, le premier employé : c'est celui auquel recourent les enfants abandonnés à eux-mêmes ; c'est celui des hommes qui ne vivent pas sous une autorité com-

[1] *Esprit des lois*, XXVIII, ch. 14.
[2] *Ibid.*, ch. 16.

mune, celui des nations entre elles ; c'est le *duellum* ou *bellum* des peuples, comme des individus, qui sont réduits à se faire justice. Il est plus étonnant que ce moyen ait été toléré, prescrit même par le pouvoir public faisant fonction de juge : l'impuissance de faire mieux, des usages venant de loin, antérieurs à l'organisation sociale [1], fortement enracinés dans les mœurs en harmonie avec d'autres préjugés, expliquent ce genre de procédure.

Par cela que le duel n'était pas seulement une manière de décider une affaire de partie à partie, mais encore une manière de confondre un témoin, de casser une sentence dont on était mécontent, ce qui s'appelait *fausser un jugement* (l'accuser de fausseté, de déloyauté), un plaideur, un accusé pouvait avoir sur les bras sa partie adverse, les témoins de cette partie et le tribunal tout entier. C'était trop, évidemment, pour qu'il lui restât la plus légère chance de salut. Aussi avait-on fini par régler les choses de telle façon que le combat restât possible avec une apparente égalité de chances. On peut voir dans Montesquieu tout ce qu'il y eut d'ingénieusement juste dans

[1] Le duel judiciaire vient de plus loin qu'on ne le pense généralement : il est une transformation très transparente encore de l'instinct animal dans l'homme. Nous l'avons vu déjà, nous le verrons encore chez quelques peuples sauvages. Le simulacre de combat, qui faisait partie de l'ancienne procédure romaine, n'en était qu'une réminiscence. Il était établi en Espagne bien avant le christianisme, témoin ce passage de Tite-Live : « Quidam quas disputando controversias finire nequierant aut noluerant, pacto inter se, ut victorem res sequeretur, ferro decreverunt. Quum verbis disceptare Scipio vellet, ac sedare iras, negatum id ambo dicere communibus cognatis : nec alium deorum hominumve quam Martem se judicem habituros esse. » (L. XXVIII, § 21).

ces règlements [1]. Il pouvait arriver cependant qu'un appelant eût plusieurs adversaires à combattre le même jour, tout un tribunal, par exemple. Mably se demande, à cette occasion, quand il arrivait qu'un plaideur, après avoir vaincu deux ou trois de ses juges, par quels bizarres raisonnements on justifiait la Providence divine, qui avait permis que l'injustice et le mensonge triomphassent deux ou trois fois de la justice et de la vérité. La foi absurde de nos pères devait, ajoute-t-il, être très embarassée [2]. La foi ne l'est jamais quand elle est absurde.

Mais la loi lombarde en particulier, après avoir admis le combat judiciaire, s'aperçut qu'il ne valait guère mieux pour décider une question que le serment ; elle le déclare impie, et ne le souffre que par nécessité : « Si celui qu'on accuse d'empoisonnement, ou son champion, reçoit une blessure, nous ne voulons pas qu'il perde tout son bien, ainsi que c'était l'usage ci-devant ; mais nous ordonnons qu'il compose selon la qualité des personnes, parce que nous sommes incertains des jugements de Dieu, et que nous avons appris que beaucoup de gens succombent dans la défense d'une bonne cause. Mais par suite de la coutume de notre nation des Lombards, nous ne pouvons abroger cette loi impie [3] ».

Les gens de guerre, les seigneurs devaient être partisans du duel judiciaire, ou du moins le paraître. Le clergé, au contraire, devait s'y montrer opposé par

[1] *Esprit des Lois*, XXVIII, ch. 24-27.
[2] *Observat. sur l'Hist. de France*, t. II, p. 402-404, édit. de Kehl, 1788.
[3] Lib. I, tit. *De Monomachiis*.

caractère, par principes, et même par intérêt. Aussi, lorsque l'autorité judiciaire eut passé des mains des seigneurs dans celles des évêques, le témoignage fut-il substitué au combat. Mais le clergé fit pourtant à l'égard du duel judiciaire ce qu'il avait fait pour le jugement, pour le serment, etc. : il y intervint, l'adopta, et crut sans doute en avoir banni les abus en le consacrant. Il finit même par être tellement infecté de l'esprit du temps, qu'il employait le combat singulier dans sa juridiction [1]. Il est vrai qu'il faisait entrer l'exorcisme et les bénédictions dans les préparatifs du combat, comme autrefois dans l'épreuve.

Si l'on était réduit à ne pouvoir se dissimuler que le coupable ne fût quelquefois vainqueur, on imaginait, pour sauver l'honneur de la Providence, qu'elle avait dérogé par une loi particulière à sa sagesse générale,

[1] L'auteur du *Franc-aleu* est positif sur ce point: La conduite de vassaux à la guerre, par les ecclésiastiques, souvent enveloppés aux combats, gauchit tellement les mœurs, qu'ils portèrent le sang jusqu'en leurs siéges et justices, lieux de modération et de paix. Le duel introduit pour la décision des causes obscures, appelé *Campus*, *Judicium Dei*, *Bellum*, *Duellum*, *Monomachia*, fut receu ez jurisdictions ecclésiastiques. Souvent condamné par les constitutions de l'Eglise dans Ives, évêque de Chartres, en l'Épître 280. » (*Du Frenc-aleu*, etc., in-4°, 1637, p. 261 et suiv.) Les serfs des ecclésiastiques furent rendus capables de duels par une concession de saint Louis en faveur des serfs de l'abbaye de Saint-Maur des Fossés, 1118. D'autres concessions semblables furent accordées aux serfs des églises de Paris et de Saint-Denis. (*Ib.*, p. 265). — Une bulle d'Innocent, donnée à Lyon le 2 novembre, interdit ces duels (*Ib.*, p. 265). — « Non seulement les ecclésiastiques admettaient le duel en leurs justices, mais ils s'y submettaient és conventions qui les regardaient, traitées ez jurisdictions royales. (*Ib.*, p. 265.) L'auteur cite en preuve un titre latin de l'abbaye de Saint-Germain des Prés. Le Nain de Tillemont, dans sa *Vie de saint Louis*, a recueilli maints exemples de duels ordonnés ou permis par les gens d'Eglise.

dans la vue de punir un champion qui avait l'impiété de plus compter sur lui-même que sur la protection et le secours de la Vierge et de saint Georges. On pensait que Dieu se servait de cette occasion pour punir quelque péché ancien et caché du vaincu [1].

L'erreur est invincible dans un pareil retranchement. Le raisonnement ne lui peut rien ; il n'y a qu'une intuition directe, développée comme un sens nouveau par les progrès des lumières, qui soit capable de la reconnaître immédiatement et d'en faire justice.

Saint Louis interdit en 1260 les gages de bataille dans ses domaines, et y substitua la preuve par témoins ou par titres, et commença ainsi l'une des réformes les plus salutaires, et qui devait être achevée sous Philippe-le-Bel [2].

Cependant il est encore dit dans les Etablissements que la justice peut ordonner la preuve par combat s'il y a accusation de meurtre. Si l'accusateur ou l'accusé a quarante ans, il pourra mettre un champion à sa place. Le vaincu sera pendu [3].

Cette disposition semble empruntée en plusieurs points aux Assises de Jérusalem, où il est dit [4] que « les juges et le vicomte précéderont les parties sur le champ de bataille ; le vengeur du meurtre fera serment sur les Evangiles que celui qu'il a appelé en duel est bien le meurtrier ; celui-ci jurera de même qu'il ne l'est pas, ensuite de quoi, le combat commence

[1] MABLY, *Observ. sur l'Hist. de France*, III, 3.
[2] *Etablissements*, ch. II.
[3] *Ibid.*, I, 27.
[4] Ch. 238.

suivant des règles établies. Le vaincu sera pendu incontinent, mort ou vif. »

C'était beaucoup, cependant, d'avoir réduit le combat judiciaire à n'être plus qu'une procédure exceptionnelle. Depuis saint Louis jusqu'au XIVe siècle, les gages de bataille devaient être accordés par les tribunaux, et ils ne l'étaient qu'aux trois conditions suivantes : 1° que l'affaire fût capitale ; 2° que le fait fût bien constaté, 3° que l'accusé en fût soupçonné et notoirement diffamé, 4° qu'on ne pût prouver l'accusation par témoins[1].

Une ordonnance de 1307 (1er mai) attribue à la seule cour du roi la faculté d'ordonner le combat judiciaire[2] ; on rappelle à ce sujet dans la *Collection des ordonnances* que deux autorisations de ce genre furent accordées.

En Danemark, les duels avaient ordinairement lieu en public, dans les assemblées judiciaires qui étaient présidées par un notable ou par le roi. Les affaires y étaient jugées, ou plutôt arrangées. Quand les moyens de conciliation ne réussissaient pas, le différend se terminait par la guerre privée. Quand ils réussissaient, l'accusé payait l'amende ou était obligé de se bannir, ou s'il ne quittait pas la localité, il devait se justifier par les moyens de preuves alors en usage, le

[1] Note de M. FOUCHER, dans son édition des *Assises de Jérusalem*, t. I, 2e part., p. 325-326.

[2] On rappelle à cette occasion, dans la *Collection des Ordonnances*, qu'une semblable autorisation fut accordée en 1118 aux serfs de l'abbaye de Saint-Maur, et une autre de 1128 à ceux de l'église de Chartres. La première a été rapportée ci-dessus par l'auteur du *Franc-aleu*, mais il n'avait pas mentionné la seconde.

combat singulier, la preuve par le fer rouge ou par le serment.

Le combat singulier fut aboli en Danemark au Xe siècle, à l'époque où s'introduisit la preuve par le fer rouge. Saxo nous l'apprend [1].

Voilà donc le duel remplacé par l'épreuve, tandis qu'ailleurs nous l'avons vu venir après elle. Cela prouve bien, comme dit Montesquieu, « qu'on ne savait pas comment faire. La preuve négative par le serment (il faut ajouter : et par l'épreuve) avait ses inconvénients ; celle par le combat en avait aussi : on changeait suivant qu'on était plus frappé des uns que des autres [2] ». Et on l'était toujours plus des inconvénients des institutions existantes que de ceux des institutions possibles.

En Angleterre, les épreuves par l'eau bouillante et le fer rouge continuèrent d'autant mieux à subsister après l'année 1066, qu'elles étaient déjà en usage chez les Normands. Il en est fait mention dans les lois de Guillaume le Bâtard, et ces lois renvoient pour les cojurateurs aux coutumes normandes. Mais les Normands apportèrent avec eux le combat judiciaire. On n'en trouve aucune trace, du moins, avant 1066. Une loi de Guillaume le Bâtard s'occupe déjà du combat singulier [3].

[1] Kolderup, 3e période : « Quo evenit ut Dani, abrogata duellorum consuetudine, pleraque causarum judicia eo experimenti genere constatura decernerent; controversiarium examen rectius ad arbitrium divinum quam ad humanam rixam ablegandum putantes. » (L. X, p. 189.)

[2] *Esprit des Lois*, XXVIII, 18.

[3] Philipps, p. 280. — Indépendamment des auteurs déjà cités, voir, sur la matière, Loisel, *Instit. cout.*, t. II, p. 314-350, édit. 1783.

En Russie, depuis le czar Fédor Iwanowitsch, les affaires civiles et les criminelles, les dernières surtout, se décidaient par le duel. Mais le prince Ivan Wassilewitsch défendit le duel entre les Russes et les étrangers, parce que les nationaux, moins habiles que leurs adversaires dans le maniement des armes, succombaient ordinairement. Le témoin d'un combat judiciaire n'était pas tenu de se battre lui-même. Les personnes étrangères ne pouvaient être témoins du duel, parce qu'on craignait qu'elles n'eussent sur elles quelques moyens magiques pour favoriser l'un des deux combattants.

Le duel judiciaire était admis chez les Hongrois, lors surtout que les parties s'étaient offensées dans le secret ou sans témoins [1].

En Bohême, les calomniateurs voulaient souvent convaincre par le duel le calomnié qu'ils avaient eu raison contre lui ; mais le comte était chargé de s'y opposer. Si, malgré sa défense, le combat avait lieu et et que le calomnié fût vaincu, le calomniateur était poursuivi judiciairement et devait se justifier. On voit là un premier éloignement pour le duel judiciaire. Il ne semble pas avoir eu beaucoup plus de crédit en Pologne, au moins du temps de Sigismond I, puisqu'il ne le permit qu'une seule fois pour décider une question de droit [2].

[1] Macieiowski, IV, p. 357-359.
[2] *Idem, ibid.*, p. 355-357.

LIVRE IV

DÉBATS JUDICIAIRES, LEUR PUBLICITÉ. — DÉFENSE. JUGEMENT. — EXÉCUTION.

CHAPITRE PREMIER

Débats.

SOMMAIRE

1. Pourquoi des débats publics.
2. Mise en scène, personnages.
3. Accusation, défense. — Difficultés de l'éloquence dans les tribunaux, surtout avec un jury populaire.
4. Beaucoup de ces formes peu pratiquées chez les sauvages et les barbares. — Débats judiciaires dans le royaume de Sogno.
5. Débats judiciaires chez les Juifs; — chez les Crétois, — les Athéniens; — chez les barbares du moyen âge.
6. Jugements secrets à Venise.
7. Tribunaux secrets en Allemagne; — la Sainte-Vehme.
8. Procédure autrichienne pour délits politiques. — Procédure turque.

Supposons donc toutes les preuves possibles recueillies, l'affaire parfaitement instruite. Il ne s'agit plus, chez les peuples libres et civilisés, que d'initier le public à l'œuvre de la justice, de l'y faire intervenir par la publicité des débats, et, ce qui vaut mieux encore, de le rendre lui-même juge du fait.

Pour que le drame judiciaire marche régulièrement et que rien ne manque à son entière exécution, il doit

être dirigé par une main habituée aux débats de cette nature, qui en connaisse toutes les règles et tous les incidents. De là le rôle de la magistrature officielle. Il faut, de plus, un accusateur officiel ou public qui porte la parole au nom de la justice sociale et privée, que cet accusateur se réduise à un seul personnage, ou qu'il se divise en accusateur proprement dit et en plaignant ou partie civile.

Un accusateur suppose un accusé. Mais souvent l'accusé serait incapable de faire valoir les raisons qui le justifient ou qui l'excusent. De là son représentant, son conseil et son défenseur, qui supplée à son insuffisance [1]. Enfin, il faut un juge qui connaisse du fait et du droit tout à la fois, ou deux juges qui connaissent l'un du fait et l'autre du droit. Déjà nous nous sommes expliqué sur l'utilité de cette division des attributions judiciaires en matière criminelle. Tous les ressorts du drame sont tendus, tous les personnages sont en présence. Il ne manque plus que des spectateurs ; ils sont d'autant plus nécessaires que c'est pour satisfaire à l'opinion publique, pour l'édifier et l'instruire, que les débats vont s'ouvrir : autrement, les garanties voulues par la justice telle que l'entendent le peuple et le pays, sont déjà trouvées par la création même du jury.

Mais une nouvelle difficulté va surgir : l'attaque ne

[1] Une loi espagnole défendait qu'aucun homme fût *vocero*, c'est-à-dire avocat pour un autre, si les juges et les alcades ne lui donnaient un égal (sans doute un adversaire de même nature, sinon de même force). L'établissement de cette loi fut confirmé par un privilége du roi Alphonse-le-Sage, donné à Séville le 5 mars 1299. V. PRIETO.

sera-t-elle pas plus forte que la défense, ou la défense que l'attaque ? Faut-il, d'ailleurs, commencer par l'attaque, continuer par la défense, et produire enfin les témoignages comme une contre-épreuve de tout ce ce qui aurait été avancé pour et contre, ainsi qu'on le pratiquait à Rome? Faut-il laisser à l'accusation et à la défense la faculté de faire intervenir, à l'instant qu'elle juge le plus convenable, les témoignages, les preuves à charge et à décharge, comme on le faisait à Athènes ? Faut-il, au contraire, éclairer d'abord la religion des juges par les faits, sauf à faire discuter ensuite ces faits dans deux intérêts contraires, suivant l'usage moderne?

Ces différentes combinaisons des scènes judiciaires ont chacune leurs avantages et leurs inconvénients. A tout prendre, nous préférons ce qui se fait maintenant à ce qui se faisait autrefois, sans prétendre pourtant qu'il y eût de très graves inconvénients dans les deux marches contraires.

C'est une question peut-être plus importante et plus difficile à résoudre, de savoir si l'éloquence doit être interdite à l'accusation ainsi qu'à la défense, surtout en s'adressant à une magistrature populaire, peu faite pour démêler la vérité pure à travers les artifices oratoires qui peuvent la cacher ou la dénaturer. Des usages contraires ont existé et existent encore. Si les sauvages, les barbares, les Turcs n'ont ni accusateurs publics, ni avocats, ils ont des plaignants passionnés, et des accusés qu'exalte la colère ou le danger. L'éloquence est donc possible encore avec des formes aussi simples.

Qu'est-ce, d'ailleurs, que l'éloquence? La dialectique n'a-t-elle pas la sienne? La simplicité, la clarté, l'art de grouper les faits, l'air d'impassibilité, de modération, de générosité, d'innocence, la mise, la contenance, tout n'a-t-il pas son langage? Le silence lui-même ne parle-t-il pas? Faudra-t-il pousser la défiance de soi-même jusqu'à ne vouloir entendre une affaire que dans l'obscurité? Mais encore le ton de la voix, la correction, la grâce, l'élégance du discours, que sais-je, enfin? tout cela n'a-t-il pas sa puissance?

On se méfie de la fermeté de sens du juge populaire: mais n'est-ce pas, au contraire, une des choses qui font la supériorité même de ce tribunal, de ne pouvoir juger qu'à la condition de sentir; de n'avoir d'intelligence, de clairvoyance surtout, qu'à l'aide de ses sentiments, de ses passions, de ses instincts, de son amour pour le bien, de sa haine pour le mal? C'est avec son âme tout entière que ce juge pense et parle. C'est là précisément ce qui fait sa plus grande supériorité, son espèce de tact instinctif. Composez seulement ce tribunal d'un assez grand nombre de juges pour que les aberrations du sentiment individuel puissent être corrigées par les aberrations contraires, et qu'il résulte de la rencontre de ces sentiments et de ces opinions une majorité qui puisse être regardée comme l'expression naturelle du très grand nombre [1].

[1] C'est assez dire que la simple majorité ne suffit pas pour condamner. « Il a toujours été admis en France, et c'est un des principes les plus « respectés de notre droit criminel et public, que les décisions de la « justice à l'égard des accusés ont besoin d'être rendues à une majorité « considérable, pour donner, autant que le permet la fragilité humaine, « la certitude du bien jugé, et préserver la société des effets de l'erreur. »

Cette condition est particulièrement nécessaire lorsque la déclaration doit entraîner une sentence pénale.

Nous ne nous dissimulons point cependant ce que peut avoir de fâcheux, parfois même de déplorable, un réquisitoire fulminé par la bouche d'un magistrat qui joint à la considération inhérente à ses fonctions, à son âge, à son caractère, un rare talent oratoire. Mettez en face de cet homme public, qui jouit d'un pareil ascendant sur des jurés, mettez en face de lui, pour défendre les droits de l'innocent ou tout au moins d'un accusé dont la culpabilité n'est pas certaine, un jeune homme qui n'a ni passé, ni présent; qui n'apporte qu'un zèle sans talent, ou qu'un talent médiocre et sans ardeur à l'appui du bon droit; faites, si vous le voulez, la supposition contraire, quoique la réalité en soit moins fréquente, et concluez tant qu'il vous plaira contre les dangers de l'éloquence en matière criminelle : nous ne pourrons rien vous opposer ; nous dirons seulement que la question n'est pas là ; qu'elle consiste à savoir si ces inconvénients ne sont pas compensés par des avantages supérieurs, et si le système contraire ne serait pas sujet à des difficultés bien autrement nombreuses et graves.

La première et la principale de ces difficultés serait tout simplement l'impossibilité d'empêcher toute influence étrangère à celle de la vérité. A coup sûr, s'il était possible de la faire connaître dans toute sa pu-

Opinion de M. Bérenger, député de la Drôme, *sur le projet de loi du jury*. Ce publiciste éminent fait ressortir, par le raisonnement et par les faits, l'immense danger d'admettre les condamnations à la majorité absolue.

reté, de passionner pour elle, sans recourir aux artifices de l'éloquence, sans la compromettre par ces artifices mêmes, il faudrait se hâter de bannir des débats criminels l'art oratoire. Mais le cœur humain n'a-t-il pas besoin d'être ému pour être juste, lors surtout que la voix de la peur et de l'intérêt tend si fort à lui représenter l'accusé comme un coupable[1] ?

Toutes ces formes ne sont, du reste, pratiquées que chez les peuples civilisés : les sauvages et les barbares sont beaucoup moins expéditifs. Il en est de même chez les peuples soumis au régime despotique : la publicité n'y est pas une garantie de l'impartialité de la justice, mais un moyen de terreur ; et encore lui préfère-t-on souvent la terreur du secret, beaucoup plus redoutable en effet.

Dans le royaume de Sogno (Nigritie méridionale), l'accusateur expose d'abord ses raisons à genoux devant le juge, qui est assis à terre sur un tapis, avec une petite baguette à la main, et qui écoute attentivement. Il accorde la même justice à l'accusé. Le juge prête une oreille attentive aux deux parties. Il appelle ensuite les témoins. S'ils tardent à paraître, la cause est remise à quelque autre jour. S'ils répondent à l'appel, il pèse attentivement les témoignages des deux parties, et sans aucune notion de jurisprudence, il prononce sa décision suivant ses inspirations du moment : celui auquel la sentence est favorable paie une rétribution, et s'étend de son long, le visage contre

[1] Voir, sur cette question, un discours remarquable de fond et de forme, par M. THIERIET, *Rev. de législat.*, t. VIII, p. 376 et s.

terre, pour exprimer sa reconnaissance. Ses amis le reconduisent à sa maison en répétant le cas et la décision. Il est obligé, à son retour, de traiter ceux qui l'ont accompagné; et si l'affaire était importante, la la fête dure ordinairement trois ou quatre nuits et le jette dans de grands frais. D'un autre côté, celui qui a perdu se retire sans ressentiment et sans murmure [1].

En Guinée, s'il s'agit d'une affaire qui doive être jugée en public, un esclave bat une sorte de rappel dans toute la localité. Hommes et femmes se réunissent. Le représentant du roi fait connaître de quoi il s'agit. Si l'accusé se trouve dans la foule, il est incontinent saisi et conduit chez ce représentant ou préfet. Là il est lié, enchaîné si l'affaire est grave, ou gardé à vue si elle est légère, et cela jusqu'à ce que la cause soit jugée. Elle est instruite devant les nobles et les sénateurs. L'accusé est interrogé par l'intermédiaire du préfet, séance tenante. Si la réponse se fait attendre ou qu'elle ne soit pas satisfaisante, l'accusé est condamné à une amende; et s'il ne peut la payer, il devient esclave, est vendu sans qu'il puisse jamais recouvrer sa liberté [2].

S'il fallait en croire les rabbins, les juges du synédrion auraient procédé, dans les affaires capitales, avec la plus grande circonspection : la sobriété, l'abstinence même qui leur auraient été sévèrement recommandées; l'attention, la réflexion, le temps de mûrir leur

[1] Merolla, p. 629.
[2] Lintscot, VI[e] part., p. 62.

opinion dans la solitude ; la faculté de changer d'avis, mais lors seulement que ce changement devait être en faveur de l'accusé ; la majorité absolue suffisant pour l'absolution, mais ne suffisant pas pour la condamnation ; la révocabilité de la sentence jusqu'au dernier moment du condamné, si de nouveaux faits venaient à la connaissance du tribunal, etc., étaient autant de moyens donnés au juge pour prononcer une sentence d'une équité miséricordieuse. Toutes ces précautions étaient prises dans un intérêt plein de sollicitude pour l'accusé. En supposant, avec Basnage et Calmet, que ce ne soit là qu'un roman philanthropique imaginé par les rabbins, cette conception même fait honneur à leur sensibilité. Elle aurait pu même avoir une influence très-salutaire sur une justice criminelle nationale [1].

En Crète, on donnait bien un défenseur à l'accusé, mais l'éloquence lui était interdite. On recourait, d'ailleurs, à la torture pour arracher des aveux [2].

A Athènes, les séances de l'Aréopage étaient publiques ; elles avaient lieu en plein air, et l'enceinte du tribunal n'était séparée de la foule que par un faible cordeau. Les affaires s'y plaidaient de nuit, dans les ténèbres. Le plaignant et l'accusé juraient également

[1] V. la *Bible; Deuter.*, *Lévitiq.*, *Nombr.*, *Exode*; JOSÈPHE, *Hist. des Juifs*; XX; la *Mischna*, VII, *De Synedriis*; SIGONIUS, *De republ. Hebræor.*; SELDEN, *De uxor. hebr.*, etc.; PASTORET. *Hist. de la législat.*, et *Moïse considéré comme législateur*, etc.; GUENÉE, *Lettres de quelques Juifs*, etc., Ve part., 4e, 7e, 8e et 9e lettres; MICHAELIS, *Droit mosaïque*, traduit et annoté par le professeur CELLERIER, de Genève ; VICTOR HENNEQUIN, *Introduction à l'étude de la législation française* ; DUBOYS, *Histoire du droit criminel des peuples anciens.*

[2] SEXT-EMPIR., *adv. Rhet.*; — DIOD. SIC., XV, 77, 78.

qu'ils disaient la vérité. L'accusateur pouvait interroger l'accusé. Deux fois la parole était accordée à la défense. Si un accusé jugeait sa cause perdue après avoir entendu son adversaire une seconde fois, il pouvait prendre la fuite au lieu de répliquer [1]. Mais en se condamnant ainsi lui-même à l'exil, il abandonnait aussi ses biens, qui étaient confisqués. Immédiatement après la sentence, la peine était appliquée, ou l'accusé mis en liberté. Ces formes étaient à peu près les mêmes pour les autres tribunaux.

Chez les barbares, et sous le régime féodal, toute la procédure se faisait à l'audience des plaids, sans instruction préalable ; ces audiences étaient publiques, et le débat oral. Les juges délibéraient publiquement. Ils pouvaient même être requis de faire connaître au public leur opinion. Le président, seigneur, prévôt ou bailli, recueillait les votes et prononçait le jugement [2].

Avec la tyrannie s'établit à Venise, comme partout, la procédure secrète ; avec l'anarchie en Allemagne, les tribunaux secrets connus sous le nom de Sainte-Vehme.

A Venise, l'administration de la justice criminelle fut transférée, en 1179, à un conseil de quarante membres qui étaient renouvelés chaque année. Mais cette magistrature était soumise, comme toutes les autres magistratures inférieures, au conseil suprême des Dix. Ce tribunal d'inquisition était arbitraire, et faisait régner la tyrannie au sein de Venise. Enlevant à la

[1] Le droit d'asile était cependant reconnu par les Athéniens dans toute son étendue. (STACE, XII. 481.)

[2] HALLAM.

cour criminelle régulière non-seulement la connaissance des crimes de trahison, mais encore celle de plusieurs autres grands crimes, il instruisait les causes, jugeait et punissait conformément à ce qu'il appelait la raison d'Etat. L'œil du public ne pénétrait jamais dans ses actes ; quelquefois l'accusé n'était pas entendu ; jamais il n'était confronté avec aucun témoin ; l'instruction, la sentence, l'exécution étaient enveloppées du plus profond mystère [1].

L'Allemagne, en sortant de la barbarie et du régime de liberté et de licence partielle qu'il comporte, eut pour juges criminels des commissaires royaux ; mais, par des raisons fort complexes, ces tribunaux ne suffisant pas au besoin de justice et de protection qui se faisait sentir, il s'en forma d'autres, d'abord avec la permission de l'autorité impériale, alors fort affaiblie, mais qui en fit plus tard un instrument terrible : nous voulons parler des tribunaux secrets connus sous le nom de Sainte-Vehme, et portés au nombre de plus de cent mille. Ces tribunaux, qui couvraient toute l'Allemagne, la Prusse et la Livonie au XIII[e] et au XIV[e] siècle, devinrent l'effroi des gens de bien par la fréquence et l'injustice des dénonciations, par la simplicité arbitraire des formes et la violence des juges.

Ces tribunaux tiraient leur origine de ceux des anciens comtes, et étaient formés par la noblesse et les anciens propriétaires restés libres pour n'avoir jamais accepté de fiefs ou de seigneurs suzerains ; ils s'appelaient francs-juges (*Freischœffe*), de même que le tri-

[1] HALLAM, t. II, p. 152, 153 ; DARU, *Hist. de la rép. de Venise.*

bunal prit le nom du tribunal libre (*Freigerichte*). Ces francs-juges représentaient l'ancienne commune, et le *Freigraue* qui les présidait était élu par le prince, seigneur, comte, chevalier ou ville qui possédait, comme seigneur justicier, une juridiction qui ne dépendait que de l'empereur. Ce président ou freigraue recevait ensuite l'investiture des empereurs ou des ducs, et, depuis la chute de Henri-le-Lion, de l'archevêque de Cologne, héritier de Westphalie. Les francs-juges ne pouvaient pas être au-dessous de sept ; et ils étaient trop nombreux pour prendre part à la délibération, un certain nombre restaient purement auditeurs. Ce tribunal eut d'abord une juridiction tout à la fois civile et criminelle : ce ne fut pas trop de toute sa puissance pour réprimer les attentats de toute nature qui se commettaient dans tout le pays.

Un vice qui résultait du développement de cette institution fut la nécessité de se présenter devant un de ces tribunaux libres (*Freistuhle*) de Westphalie ; il ne pouvait y en avoir ailleurs. L'empereur Wenceslas essaya vainement d'en établir un en Hongrie ; les *Freigraue* déclarèrent que tous ceux qui en feraient partie encourraient par cela même la peine de mort. Au XIIIe siècle, cependant, tout allemand libre put faire partie de ce tribunal, et des *Freistuhle* s'établirent naturellement dans tous les pays où le droit de juridiction de la Vehme avait pénétré. Cet honneur, qui avait aussi ses avantages, fut très recherché. La réception ne pouvait avoir lieu que sur la *terre-rouge*, en Westphalie, et l'empereur lui-même devait s'y ren-

dre pour être investi du titre de franc-juge. Les francs-juges avaient adopté des signes qui servaient à se reconnaître entre eux, ce qui leur valut la dénomination d'initiés. L'admission était donc une initiation. Un serment solennel liait tous les associés; ils ne pouvaient pas même les révéler en confession ce qui intéressait l'ordre. Les ecclésiastiques n'en pouvaient faire partie.

Primitivement, ceux qui n'étaient pas initiés ne comparaissaient pas d'abord devant la cour secrète, mais devant l'ancien tribunal des communes, qui, du reste, était composé d'initiés; seulement les formes étaient moins sévères, et l'audience était publique. Si l'accusé ne comparaissait pas, c'est alors qu'on le citait devant la cour secrète, qui n'était ouverte qu'aux initiés. Un profane n'y pouvait pénétrer sans encourir la peine de mort.

L'ouverture de l'audience était solennelle et simple; les débats furent d'abord plus simples encore, surtout si l'accusé était initié; il devait être renvoyé libre s'il prononçait sur la croix d'une épée, placée devant le président, le serment qu'il était innocent du délit imputé.

Si l'accusé n'était pas initié, et plus tard même s'il l'était, l'accusateur pouvait opposer serment à serment, et anéantir celui de l'accusé s'il trouvait trois hommes pour jurer avec lui. L'accusé ne pouvait repousser utilement cette attaque qu'à l'aide de six cojurateurs. Si, à son tour, l'accusation en fournissait quatorze, la défense ne pouvait échapper qu'à l'aide de vingt et un. Si l'accusé avouait son crime, ou s'il était

convaincu par l'accusation, la sentence était immédiatement prononcée. Si elle portait peine de mort, le condamné était incontinent pendu à l'arbre le plus voisin. Les moindres peines étaient l'exil et l'amende.

Si l'accusé ne comparaissait pas devant le tribunal après trois sommations, et s'il ne pouvait, dans un délai fixé, donner les raisons de sa non-comparution, il était condamné comme ayant avoué son crime, ou comme un homme qui méprise la paix et la justice. Sa condamnation était alors prononcée, et tous les initiés étaient, au besoin, chargés de l'exécuter. Cette sentence n'était connue que d'eux seuls, et ne pouvait être révélée qu'à eux sous peine de mort. L'accusateur recevait une lettre revêtue du sceau du président, et qui constatait son droit à faire exécuter la sentence qu'il venait d'obtenir. Sept juges étaient mis à sa disposition pour poursuivre le coupable. Ils pouvaient le mettre à mort partout où ils le trouveraient. Pour prouver qu'il n'avait pas été victime d'un brigandage, mais qu'il succombait sous le glaive de la justice, on ne dépouillait pas le cadavre, et l'on fichait en terre un couteau à côté de lui.

La sentence était terrible : « Comme a été accusé, poursuivi et jugé par moi N., qui s'écrit, etc., que j'ai fait mander et convoquer à cause de ses méfaits, et qui s'est endurci dans son mal ; qu'il ne veut obéir ni à l'honneur ni à la justice, et méprise le plus haut tribunal du Saint-Empire : je le condamne de toute la force et puissance royale, comme il est juste et comme l'exige le ban royal ; je lui ôte tous les droits à la jus-

tice et à la liberté qu'il avait depuis son baptême ; je le mets au ban du roi, et le voue à toutes les plus grandes agitations ; je lui interdis les quatre éléments que Dieu a donnés aux hommes et qu'il a créés pour eux ; je le déclare hors la loi, sans droit, sans paix, sans honneur, sans sûreté ; je le donne pour pervers, pour condamné, pour perdu ; de sorte qu'on peut se conduire envers lui comme envers un homme condamné et maudit. Qu'il soit désormais tenu pour indigne ; qu'il ne jouisse d'aucune justice, d'aucun droit, d'aucune liberté dans aucun château, dans aucune ville, excepté dans les lieux sacrés. Je maudis sa chair et son sang ; qu'il ne repose jamais sur la terre ; qu'il soit emporté par les vents ; que les corneilles, les corbeaux, les oiseaux de proie le poursuivent dans l'air et le déchirent. Je dévoue son cou à la corde, son corps aux oiseaux de proie, mais que le Dieu de bonté prenne son âme. »

Venait ensuite la formule relative à l'exécution : « J'enjoins à tous rois, princes, seigneurs, chevaliers, écuyers, à tous *Freigrave*, *Freischœffe*, et à tous ceux qui appartiennent au Saint-Empire, d'aider de toute leur puissance à l'exécution sur le corps de cet homme maudit, comme l'exige le tribunal secret du Saint-Empire, et que rien au monde ne puisse arrêter, ni l'amour, ni la douleur, ni l'amitié, ni la parenté. »

On conçoit tout l'effroi que cette immense association devait inspirer, et tous les abus qui pouvaient en résulter. Un des plus grands, même dans sa pratique légale, c'est le droit qu'avaient tous les *Schœffe* du tri-

bunal secret, quand ils prenaient un malfaiteur en flagrant délit, de le pendre sans jugement à l'arbre le plus voisin, pourvu qu'ils ne prissent rien de ce qui se trouvait sur lui et qu'ils laissassent à côté de son cadavre le fatal couteau [1].

Ce tribunal terrible finit, comme on sait, par soulever de nombreuses et vives plaintes : il n'était guère moins favorable à la vengeance qu'à la justice. Des bourgeois, des chevaliers, des comtes, des princes tombaient indifféremment sous la main des schœffes, en exécution des arrêts du mystérieux tribunal ; personne ne pouvait se flatter d'être en sûreté. Dès la fin du XV[e] siècle, les réclamations furent si fortes, si imposantes, de la part des ecclésiastiques surtout, que la décadence de la Sainte-Vehme marcha rapidement. Toutefois, les souvenirs s'en sont conservés jusqu'à nos jours parmi le peuple ; des paysans libres s'assemblent encore tous les ans, dit-on, dans une *Freisthule*, sans qu'on ait pu réussir à leur faire livrer le signe de leur reconnaissance. A Gehem, dans le pays de Munster, le franc-tribunal ne fut aboli que par la législation française de 1811. Mais ce n'était là que de faibles restes.

La jurisprudence ecclésiastique fut désirée et reçue comme un bienfait, mais surtout la constitution Caroline. Cette constitution fit tomber les derniers tribunaux secrets en Allemagne. Elle a été la loi commune de ce vaste pays jusqu'au XVIII[e] siècle, et dans plus

[1] Voir KOLRAUSCH. *Hist. de l'Allemagne*, trad. de GUINEFOLLE, t. I, p. 506 et suiv.

d'une localité, jusqu'au XIX[e]. Le Code de procédure donné à la Prusse en 1805, par exemple, reproduisait encore le système inquisitorial, tout en supprimant la torture.

En Danemark, la justice était publique et orale. Cependant, au XV[e] siècle, on trouve des témoignages et des jugements écrits et scellés. Les tribunaux siégeaient dans des lieux publics, à ciel ouvert, quelquefois dans les églises et les cimetières [1].

En matière de délits politiques, la loi autrichienne prend un caractère ombrageux et despotique. L'instruction est secrète : pas de débat contradictoire en présence des juges ; les sentences d'absolution peuvent en certains cas être révisées ; l'inculpé ne peut avoir communication des pièces à sa charge ; il n'est pas même présent au prononcé de la sentence ; pas de ministère public ; pouvoir discrétionnaire du juge fort restreint : ce qui a son bon et son mauvais côté. Cette justice ressemble un peu à celle des Turcs, à part peut-être que celle-ci n'est pas tout à fait aussi expéditive, et que l'accusé, dans le système turc, est admis à présenter par lui-même, sinon par un tiers, sa défense devant le cadi [2].

[1] KOLDERUP, 3[e] périod.

[2] Voir, sur la publicité en matière de procédure criminelle : JAGEMANN, *die Oeffentlicheit des Strafverfarens* ; Heidelb., 1835. — Nous parlons ici de l'ancienne procédure criminelle de l'Autriche. Il paraîtrait, d'après l'éloge que fait M. Warnkœnig de la réforme apportée à ce Code en 1853, que ce Code serait devenu un modèle. (*Juristische Encyclopaedie,* 1853, p. 54.)

CHAPITRE II

Jugement définitif.

SOMMAIRE

Les preuves une fois recueillies, classées, comparées et pesées, l'accusation et la défense publiquement entendues, le rôle solennel du juge devient plus sensible encore.

Le tribunal, après avoir épuisé tous les moyens propres à éclairer sa religion, n'a plus qu'à se recueillir et à prononcer sa sentence. Mais comme il doit être une personne collective, il convient, surtout lorsqu'il procède par réflexion plutôt que par sentiment, que ses différents membres puissent se communiquer leurs impressions et leurs pensées, qu'ils puissent s'aider respectivement de leurs lumières, et parvenir s'il est possible, à une conviction commune. La délibération précédera donc la sentence. Nous avons

déjà dit que la condamnation à la simple majorité n'offre pas assez de garanties à l'innocence.

La délibération une fois close, le jugement devrait être rédigé et signé par tous les juges, séance tenante, au moins dans ses parties essentielles. C'est assez dire que nul ne pourrait être juré s'il ne savait lire et écrire, car la délibération du jury est déjà un jugement en matière de fait.

La sentence qui a pour objet l'application du droit au fait doit rapporter le fait, et la loi qui l'a prévu et puni. Le jugement déclaratif de non-culpabilité, qui acquitte, n'a pas besoin d'être motivé sur la preuve de l'innocence ; il suffit qu'il le soit sur la preuve de la non-culpabilité. Le jugement qui absout doit reconnaître que le fait est en dehors des prévisions finales de la loi.

Au reste, la sentence peut être, *a priori* ou logiquement, de deux sortes, suivant que les juges du fait ont reconnu la culpabilité ou l'innocence, ou que ni l'une ni l'autre n'est certaine faute d'une instruction suffisante, ou malgré tous les soins possibles, pour arriver à la certitude.

S'il n'y avait pas moyen de sortir de cet état de doute par des informations plus complètes, que les juges du fait seraient tenus de signaler à l'investigation de la justice, l'acquittement devrait encore être obligatoire ; dans le cas contraire, il vaudrait mieux ajourner l'arrêt définitif par un *non liquet*, que de déclarer l'accusé non coupable, quand il est au contraire fort vraisemblable qu'il n'est pas innocent.

On aime mieux, je le sais, les positions nettes et

tranchées : par malheur, la nature des choses présente des milieux qui tiennent plus ou moins des extrêmes qu'ils relient. Je veux bien qu'on ne tienne pas sans cesse l'épée de Damoclès suspendue sur la tête d'un accusé ; mais qu'y aurait-il de si déraisonnable à faire peser une opinion peu favorable sur la moralité fortement suspecte de l'individu qui n'est cependant pas convaincu du crime dont on l'accuse? Comment les tribunaux seraient-ils obligés de le regarder comme innocent, tout en ne pouvant pas le déclarer coupable? Le doute ne devrait-il pas avoir sa place dans les jugements publics comme il l'a dans la conscience ? Qu'est-ce donc qu'un arrêt qui dépasse l'état de l'esprit ou qui reste en deçà? Est-il l'expression de la vérité, c'est-à-dire de l'opinion du juge? Et quel si grand mal y aurait-il à ce que l'opinion publique partageât cette incertitude? Ne serait-ce pas là une peine fort naturelle toutes les fois qu'une autre ne serait pas possible? Et cette peine, si elle n'était pas méritée, ce qui serait fort rare sans doute, ne serait imputable qu'à la force des choses, et nullement à la loi ni au juge; elle ne serait qu'un malheur, jamais une injustice. De cette manière, on resterait dans la vérité, en même temps qu'on éviterait les inconvénients attachés *au plus ample informé*, soit à temps, soit indéfini, de l'ancienne jurisprudence.

En fait de justice, l'important c'est la justice. Or, c'est justice qu'un doute fâcheux pèse sur celui qui a fait assez pour le mériter. Ce doute est encore de la vérité, puisqu'il résulte des divers jugements qui ont servi à l'appréciation des preuves. La sentence d'in-

certitude, si elle était facultative, serait une porte de secours pour la conscience et la raison. Elle n'empêcherait point de condamner ceux qui sont évidemment coupables ; seulement, elle permettrait de renvoyer formellement devant le tribunal de l'opinion publique celui que la justice officielle ne peut ni comdamner ni absoudre.

Il y a souvent un milieu entre une culpabilité légale et une innocence parfaite ; c'est ce milieu qui serait particulièrement atteint par l'espèce de jugement que nous regrettons. Il suffit, d'ailleurs, qu'il y en ait un entre la probabilité et la certitude. Une très grande probabilité, dans les choses humaines, dans la vie pratique, équivaut à la certitude. Aussi n'est-ce point une certitude métaphysique, ou dont le contraire implique contradiction, qui est exigée par la conscience du juré ; on ne le sait pas assez. Mais quand cette probabilité est faible, qu'elle est contrebalancée par une autre de même force ou plus forte même, n'est-il pas absurde d'agir comme si l'on était certain ? On prend le parti le plus sûr, je le veux, s'il n'y a de parti à prendre que dans les extrêmes ; mais s'il y en a un autre, le plus sûr alors c'est le plus vrai.

En Pologne, sous Casimir-le-Grand, le jugement était encore oral ; seulement, à la différence de ce qui se passait en Hongrie, le juge le répétait jusqu'à ce que les parties l'entendissent bien, et si elles l'oubliaient, elles pouvaient aller trouver le juge et le prier de le leur répéter [1].

[1] MACIEJOWSKI, p. 120.

Il paraîtrait qu'au XVI[e] siècle encore, les jugements n'étaient pas toujours écrits en Danemark, puisqu'une ordonnance de Frédéric II veut qu'ils le soient, et que, de plus, ils soient inscrits, avec les pièces qu'y si rapportent, aux registres de la justice. Cette même ordonnance enjoint au juge de prononcer sa sentence dans un délai de six semaines [1].

La forme des jugements est telle en Chine qu'une sentence définitive ne peut avoir lieu que lorsque les preuves sont complètes ; dès qu'il s'agit de la vie, non-seulement elle ne laisse rien d'arbitraire, mais elle exige que les preuves du délit passent par plusieurs tribunaux et soient envoyées à l'empereur, qui les fait examiner de nouveau par les premiers magistrats de l'empire, et absout, fait grâce, diminue la peine, ou du moins diffère le supplice d'un grand nombre de coupables, et ne livre les autres au glaive qu'après avoir médité dans la solitude leur condamnation, et s'être préparé par le jeûne à la signer [2].

Le juge ne doit faire attendre sa sentence que le temps nécessaire pour la bien mûrir, et la formuler de la manière la plus claire et la plus convenable. Il était d'usage, je ne sais plus chez quel peuple slave, au XI[e] et au XII[e] siècle, de souffleter le juge qui n'avait pas fait connaître sa sentence dans les trente jours après les débats de l'affaire [3].

La sentence peut être orale ou écrite : elle a dû être orale d'abord, et orale seulement chez les peu-

[1] Kolder., § 153.
[2] *Mém. concernant les Chinois*, t. IV, p. 157.
[3] Macieiowski, t. II, p. 86.

ples qui n'avaient pas encore l'usage de l'écriture.

Un jugement en matière criminelle doit être sujet à cassation pour défaut de forme, comme les jugements en matière civile. Le droit d'appel est d'autant plus sacré que les intérêts sont plus importants et que les formes suivies par les tribunaux présentent moins de garanties. Aussi remarque-t-on chez plusieurs peuples que la procédure criminelle était très circonspecte lorsque l'arrêt de condamnation devait être sans recours. Chez d'autres, la faculté du pourvoi n'empêche point cette sage lenteur.

Moïse exigeait que le juge fût à jeun pour prononcer une condamnation [1]. C'était par la même raison, sans doute, que l'ordonnance de 1670 voulait que les jugements fussent rendus le matin [2]. En cas de doute, le tribunal des triumvirs, qui avait qualité pour juger des vols chez les Juifs, s'adjoignait deux nouveaux juges, et toujours ainsi, jusqu'à ce que la balance des suffrages inclinât en faveur de la possession [3]. Pour les condamnations capitales, le doute s'expliquait en faveur de l'accusé. Il fallait une majorité de deux voix pour condamner [4]. Jamais deux condamnations capitales n'étaient prononcées en un seul jour, excepté le cas de complicité [5]. Dans les condamnations à la perte de la vie, lorsque l'instruction était finie et toutes les pièces lues attentivement, les juges rendaient

[1] *Lévit.*, XXVI, 19; III *Reg.*, XXI, 9; *Eccles.*, X, 16.

[2] Art. 9.

[3] SELDEN, *De synedr.*, II, c. 12, § 4.

[4] *Misna*, IV, p. 215; *Ghemare de Babyl.*, *De synedr.*, p. 17; SELDEN, II, 5, § 6.

[5] SELDEN, II, c. 13, § 4; SCHICKARD, *Théor.*, 14.

leur décision ; mais elle n'était pas irrévocable. Rentrés dans leur maison, où ils devaient s'abstenir de vin et manger sobrement, ils recommençaient en particulier l'examen du crime, et mûrissaient, par la communication plus étendue de leurs lumières et par les réflexions d'un jour, l'impression qu'ils avaient reçue. De retour à leur tribunal, ils approuvaient ou réformaient leur première sentence. Tous, cependant, n'avaient pas la faculté de changer d'opinion : celui qui, la veille, opinait contre l'accusé, pouvait le lendemain lui être favorable ; mais si l'on avait pensé la veille qu'il fallait l'absoudre, on ne pouvait plus le condamner le lendemain [1].

[1] V. SELDEN, *De synedr.*, II, c. 10, § 2; III, § 3, *Misna,* IV, p. 224 et suiv.

CHAPITRE III

Exécution des jugements criminels.

SOMMAIRE

1. Ce qui peut retarder ou empêcher l'exécution.
2. L'exécution doit être publique, autant que possible.
3. Réflexions de Bentham sur la publicité de la peine.
4. Autre réflexion.
5. Préjugés relatifs aux fonctions d'exécuteur; pas universels.
6. Exécutions secrètes; plus terribles en un sens que les publiques.
7. Comment les sentences capitales s'exécutent au Japon.
8. Comment en Chine. — Civilisation chinoise.
9. Comment à Sparte.
10. Comment chez les Juifs. — Usage très remarquable.
11. Comment en Egypte.
12. Loi russe.
13. Dispositions de la loi danoise sur l'exécution des sentences criminelles. — Loi romaine rappelée.
14. Droit anglo-saxon sur le même sujet.
15. Droit florentin.
16. Quelques dispositions singulières.
17. Préjugés sur le mode d'exécution.

S'il n'y a pas appel, pas de pourvoi en cassation, ou si le délai pour appeler ou se pourvoir est périmé; si la demande en grâce n'est pas adressée au souverain, ou si elle est rejetée; si le condamné ne peut ni s'échapper, ni mettre à profit certains moyens de salut que l'usage, les lois, ou une faveur exceptionnelle [1] lui laissent, la sentence de condamnation doit être exécutée.

[1] Par exemple, d'être arraché au supplice par une demande en mariage; par l'exercice de certains priviléges accordés à de hauts personnages, à des églises; par l'essai d'une opération ou d'un médicament

L'exécution de la sentence, comme toutes les autres parties principales du drame judiciaire, doit être publique, autant du moins que la nature des choses le comporte. Elle doit, de plus, être précédée de la lecture de la condamnation, afin de rappeler au public le motif de cette condamnation, et pour que la peine exerce ainsi un effet plus salutaire. Mais comme les débats du procès font une tout autre impression qu'une simple lecture, qui d'ailleurs ne les retrace pas, il faudrait, dans l'intérêt moral de la société, comme aussi dans celui du condamné, que l'exécution de la peine suivît de près la sentence de condamnation. Nous en avons déjà fait la remarque en parlant de l'efficacité des peines [1].

Il ne faut pas trop appréhender, dans l'exécution

auquel le condamné veut bien se prêter; par la rupture accidentelle de la corde qui sert à pendre les criminels, etc. En certains endroits de la France, le condamné à la peine capitale qui trouvait une femme pour l'épouser, était gracié par le fait. « En plusieurs lieux et pays est de « coutume que, si une femme à marier, et mesmement si elle est pucel « et requiert ung homme a mary qui est condempne a morir et est mene « au gibet len délivre à la dicte femme elle lui sauvera sa vie. Mais cela est contre le droit commun. » (MASUER *en français selon la coustume du hault et bas pays d'Auvergne;* Lyon, 1505, fol. LXIX.) Même coutume rapportée dans MASUER. en latin: MASUERIUS, titre *De pœnis*, fol. CXIII; Lyon, 1536, p. 349 de l'édit. de 1577.

Certaines églises jouissaient du privilége d'arracher les condamnés au supplice; le roi crut devoir restreindre ce droit abusif, en décidant qu'il ne s'appliquerait pas à certains crimes. (*Ordon. des rois de France*, 1512. 20 décembre.)

[1] « En Chine, la manière de saisir les criminels, de les conduire en prison, de les traduire d'un tribunal à l'autre, de les faire arriver jusqu'à la capitale; la forme des procédures: informations, examens, interrogatoires et confrontations; les formalités des pardons et l'appareil des exécutions sont tellement dirigés par la loi pour frapper, intimider et effrayer la multitude, qu'elles en doublent en quelque façon l'effet. » (*Mém. concern. les Chin.*, IV, p. 158.)

des peines, un appareil qui, sans rien ajouter à la douleur physique du patient, soit propre à faire une salutaire impression sur le peuple : « Les *auto-da-fé*, dit Bentham, seraient une des plus utiles inventions de la jurisprudence, si au lieu d'être des actes de foi, ils étaient des actes de justice. Qu'est-ce qu'une exécution publique? C'est une tragédie solennelle que le législateur présente au peuple assemblé ; tragédie vraiment importante, vraiment pathétique par la triste réalité de sa catastrophe et par la grandeur de son objet. L'appareil, la scène, les décorations ne sauraient être trop étudiés, puisque l'effet principal en dépend. Tribunal, échafaud, vêtement des officiers de justice, vêtements des délinquants eux-mêmes, service religieux, procession, accompagnement de tout genre; tout doit porter un caractère grave et lugubre. Pourquoi les exécuteurs eux-mêmes ne seraient-ils pas couverts d'un crêpe de deuil? La terreur de la scène en serait augmentée, et l'on déroberait à la haine injuste du peuple ces serviteurs utiles de l'Etat. Si l'illusion pouvait se soutenir, il faudrait que tout se passât en effigie. La réalité de la peine n'est nécessaire que pour en soutenir l'apparence » [1].

Sans m'arrêter à cette dernière réflexion, je ferai seulement remarquer sur ce qui précède qu'il y aurait peut-être à craindre, en donnant une si grande importance aux derniers moments d'un condamné, une importance si solennelle du moins, que l'amour-propre des criminels n'allât jusqu'à s'en faire un mé-

[1] *Traité de législat. civ. et pén.*, t. II. p. 162 et 163.

rite, une gloire, un objet d'ambition. La vanité humaine n'est que trop disposée à se flatter de tout ce qui ressemble à de la puissance : elle pourait être tentée d'en trouver dans le deuil solennel qu'elle inspirerait à une population considérable. On ne pourrait, d'un autre côté, se livrer à des réjouissances publiques en faisant tomber une tête coupable. Les regrets, le deuil, la tristesse devraient plutôt s'adresser à la mémoire de la victime, et l'abandon accompagner l'assassin. Une scène de réconciliation, mais grave et simple, pourrait plus utilement précéder les derniers coups de la justice. C'est alors que le peuple pourrait être admis à mêler la pitié à la terreur, et à répandre ainsi quelque adoucissement sur la dernière heure d'un condamné repentant. Mercier, dans l'*An 2440*, a écrit une page touchante sur ce sujet. M. le président Bérenger, dont les lumières, l'expérience et la sagesse sont connues de tous, en parlant de quelques Etats d'Allemagne qui ont pris l'initiative d'une mesure analogue à ce qu'avait proposé Mercier relativement à l'exécution des criminels, dit quelque part : « Reconnaissant que le sang répandu devant une multitude toujours avide d'émotions produit l'endurcissement des cœurs, et que, par une sorte d'effet physiologique, la vue du sang, chez les natures perverses, éveille les plus cruels instincts et fait souvent naître l'envie de le verser, ces Etats ont pensé avec raison que les esprits seraient frappés d'une terreur plus profonde, et que l'intimidation serait conséquemment plus grande, si, au lieu de faire assister le public au plus révoltant des spectacles, il était seulement averti,

mais dans les formes les plus solennelles, qu'une grande expiation va avoir lieu, et invité à se réunir dans les temples, à ce moment suprême, pour joindre ses prières à celles de l'Eglise, et demander à Dieu le repentir et tout à la fois le pardon du condamné. Les peuples chez lesquels cette innovation a été introduite en recueillent déjà tous les avantages. »

A l'époque où le droit de vengeance personnelle est reconnu, comme il n'y a ni débats, ni jugement, ni peine publique ; comme cependant il importe à celui qui se venge que ses ennemis n'ignorent pas qu'ils ne peuvent compter sur l'impunité, un usage assez remarquable s'était naturellement établi dans cet état de choses au sein de certaines hordes sauvages et même de quelques peuples barbares. Les têtes des hommes tués par vengeance étaient clouées à la porte principale du logis, au milieu de celles que le propriétaire avait coupées à la dernière bataille, comme on fait encore de nos jours des têtes de loups et de sangliers abattus dans les chasses seigneuriales. Une disposition de la loi salique défendait, sous peine de six cents deniers ou de quinze sous d'amende, d'enlever du pieu où elle avait été exposée la tête de l'homme que ses ennemis avaient tué [1].

Les préjugés relatifs aux fonctions d'exécuteur sont très différents suivant les temps et les lieux, suivant la politique. Chez les peuples à mœurs douces, où l'effusion du sang est généralement en horreur, où le législateur a voulu conserver ou développer ce senti-

[1] *Leg. sal. antiq.*, XLIV, 10.

ment salutaire, le bourreau, malgré l'utilité sociale de son ministère, inspire une sorte d'éloignement ; il est censé impur [1].

Dans la ville de Sabi (royaume de Juida), l'exécution des sentences de la justice n'a rien de déshonorant ; ce sont les femmes du roi qui remplissent ces fonctions : elles pillent, brûlent, dévastent, etc. [2].

Ailleurs, dans les îles de Tonga, les chefs administrent eux-mêmes de grands coups de bâton, ou les font administrer.

Si l'on voulait que l'exécution d'une sentence fît plus d'impression sur les esprits, le meilleur moyen ne serait peut-être pas de la rendre publique ; le secret a ses mystères, et laisse, comme tout ce qui est obscur, un champ plus libre à l'imagination. Mais il ne s'agit pas seulement, dans la publicité de l'exécution, d'imprimer une terreur salutaire ; il s'agit aussi du droit de la société de s'assurer que le condamné subit sa peine. Elle le protége jusque dans le châtiment qu'elle lui fait infliger, en empêchant qu'il ne soit aggravé. Toutefois, cette garantie serait suffisamment assurée par la présence d'hommes publics qui seraient chargés de veiller au respect de la loi.

Chez les Quojas, les criminels sont exécutés dans quelque bois ou dans quelque lieu fort éloigné des habitations. Le condamné à mort est livré au bourreau, qui lui bande les yeux, lui attache les mains derrière le dos, le conduit dans la campagne. Là, il se

[1] *Hist. génér. des voyag.*, t. II, p. 443 et 444, d'où nous avons extrait et rapporté plus haut une coutume et des préjugés des nègres d'Issini.

[2] DESMARCHAIS, p. 200.

met à genoux, baisse la tête, en attendant le coup de lance ou de javelot qui doit le percer de part en part. La tête est ensuite séparée du tronc avec la hache. On ne regarde comme véritablement mort que celui qui a la tête coupée, et dont le corps est divisé en quartiers, livré en pâture aux oiseaux de proie. Le supplice achevé, les proches et les amis se réunissent pour pleurer. Les hommes font bouillir la tête du mort, jusqu'à ce que les os soient dépouillés de la peau et des chairs. Après avoir mangé les parties molles et bu le jus, ils ensevelissent avec cérémonie le crâne avec le fétiche du défunt. Les femmes se livrent à leur douleur, pleurent, sanglottent et se lamentent. Personne n'accompagne le condamné au lieu du supplice.

Mais une fois mort, la multitude se presse et déplore une fin aussi funeste [1].

Au Japon, quand on veut favoriser le condamné, on permet à son plus proche parent de l'exécuter dans sa maison, et cette mort ne flétrit ni celui qui la donne, ni celui qui la reçoit; mais il est plus honorable de se la donner soi-même. Le plus grand scélérat qui s'ouvre gaîment le ventre par une incision cruciale est mis au rang des héros, et sa famille n'éprouve aucune flétrissure. Si un accusé meurt en prison, soit d'une mort naturelle, soit d'une mort violente, son corps n'est pas exempt du supplice. On continue d'instruire son procès comme s'il vivait encore; son cadavre est

[1] LINTSKOT, *Ind. or. descript.*, VIe part., p. 64. Voir aussi : *Description de la Guinée et des pays entre Sierra Leona et Rio Sestos* (Coll. gén. des voy., t. III, p. 604 et 605).

conservé dans le sel jusqu'au jour de la sentence, qui s'exécute comme s'il était vivant [1].

La loi chinoise ne prend pas moins de précautions pour faire exécuter la peine dans sa parfaite légalité que pour arriver à la connaissance du délit et le faire condamner; mais c'est toujours le même genre de garanties, c'est-à-dire des pénalités dirigées contre les magistrats ou les agents de la justice. Ainsi, l'organe du pouvoir exécutif qui doit veiller à la stricte application de la sentence criminelle est puni de trente à soixante coups s'il néglige de remplir ce devoir. L'emprisonnement arbitraire est puni de quatre-vingt coups; et si la mort s'ensuit, la strangulation venge cette illégalité. Un retard dans l'exécution de la peine entraîne un châtiment de trente à cent coups, suivant les circonstances [2]. Les mauvais traitements qu'on ferait subir illégalement à un prisonnier sont prévus et réprimés par une pénalité croissante, suivant la gravité du cas, et qui peut aller jusqu'à la strangulation. Des ins-

[1] DES ESSARTS, t. IV, v° *Japon*.

[2] Voici comment un écrivain du XVI[e] siècle rapporte l'exécution de la peine la plus ordinaire en Chine, la fustigation : Avant d'exécuter la sentence, le juge délibère une troisième fois. Pendant ce temps-là, le coupable est assis sur de la cendre de four, mangeant et buvant à son gré. Si le crime est reconnu capital, le condamné est saisi et conduit au supplice; pendant ce temps les cloches sont mises en branle et le canon tonne. Les voleurs reçoivent ordinairement cent coups de verges sur la partie postérieure du corps, les mains liées derrière le dos et les pieds enchaînés au sol. Au sixième coup, ils ne pourraient plus se tenir debout. Au cinquantième, la mort est presque certaine. (H. LINTSCOT, III[e] part., grav. 30[e], édit. Francf., 1599). Cette peine s'inflige encore aujourd'hui (1860) comme les soldats de notre expédition l'ont pu constater. Les condamnés ont reçu jusqu'à soixante coups, et ne paraissent pas avoir succombé, quoique chaque coup fît jaillir le sang.

pecteurs des prisons sont chargés de veiller à ce que tout s'y passe suivant le vœu de la justice et de l'humanité ; s'ils remplissent mal leur mission, ils sont eux-mêmes passibles de châtiment. Les femmes ne subissent la prison qu'en cas d'adultère. Elles ne sont ni mises à la torture, ni exécutées dans l'état de grossesse.

La législation pénale de la Chine conserve, comme on voit, jusqu'au bout, un caractère d'équité, de précision qui la rapproche singulièrement de celle de nos temps modernes. Et cependant la civilisation chinoise s'appartient ; elle est fort ancienne, et doit tout au bon sens du peuple et à la réflexion des savants. Le mandarinat, ce qu'on en exige de savoir, et par dessus tout, la haute sagesse des anciens philosophes chinois, expliquent la civilisation morale et les institutions de cette nation, la seule de l'Asie qui ait le plus de rapport avec l'esprit positif de l'Occident.

A Sparte, le mode le plus ordinaire de donner la mort était la strangulation [1]. Elle avait lieu en prison, et de nuit. Les parents du condamné étaient admis à le voir dans ses derniers moments [2]. Quelquefois on le précipitait dans une fosse où il périssait de douleur et d'inanition [3].

Dans la Judée, la fonction d'exécuteur n'existait pas, et l'exécution n'avait rien d'infâme ; quand ce n'était pas un des témoins qui la remplissait, c'était un des officiers du tribunal, ou bien un domestique du roi ou

[1] PLUTARQ., *Agésil.*, § 21 ; HÉROD., IV, § 146.
[2] HÉROD., IV, § 146 ; VAL. MAX., IV, 3 et 6.
[3] DU THEIL *sur Strab.*, l. VIII, t. 3, p. 217.

un guerrier, quelquefois un des généraux si le jugement était émané du prince [1]. Dans les temps postérieurs, s'il faut en croire les rabbins, le criminel qui avait été condamné à mort s'avançait lentement vers le lieu du supplice. Tourmenté par une inquiète curiosité, le peuple attendri l'entourait et cherchait à lire sur son front son repentir et ses remords. Deux officiers judiciaires étaient auprès de lui, chargés d'entendre ce qu'il aurait à dire encore et de l'apprécier. Un héraut fendait la foule et s'écriait : « Le malheureux que vous voyez est déclaré coupable ; il marche au dernier supplice ; est-il quelqu'un de vous qui puisse le justifier? qu'il parle. Un des citoyens se présentait-il, soudain le criminel était reconduit en prison, et les preuves de son défenseur étaient examinées. La loi, dans des cas pareils, autorisait à ramener cinq fois le condamné. Sa douceur éclatait jusque dans l'aveu qu'on exigeait de la faute du coupable. A quelque distance du lieu où il devait perdre la vie, on lui ordonnait de confesser son crime ; on n'attendait pas que son trouble fût accru par l'aspect du théâtre d'horreur où il devait terminer ses jours. On l'enivrait ensuite pour rendre moins cruelles les approches de la mort [2].

En Egypte, pour éloigner des condamnés toutes les horreurs d'une mort infâme et cruelle, on les enivrait également au moment de les conduire au supplice. On

[1] II *Reg.*, IV, 12; IV *Reg.*, X. 19, 24; I *Reg.*, XXII, 16-18; III *Reg.*, II, 28, 25, 46; — BERRUYER, *Hist. du peuple de Dieu*, t. IV, p. 546.

[2] *Misna*, IV, p. 207, etc. Voir, de plus, SELDEN, GODWIN, PFEIFFER, *Antiquités hébr.*, c. 11.

ne pouvait non plus exécuter la femme enceinte pendant sa grossesse [1], sans, du reste, qu'il fût permis de donner à la loi une interprétation analogue à celle imaginée par Tibère relativement à la défense de faire mourir une vierge. Ce délai accordé à la femme enceinte pour faire ses couches a passé dans les lois modernes, par exemple, dans celle de Russie [2]. Cette même loi prescrit l'exécution des condamnés dans l'espace de six semaines. C'est long. Le mode du dernier supplice n'est pas prévu par le législateur, il est laissé à l'arbitraire du juge. C'est une faute. Il est vrai que ses fantaisies cruelles, s'il devait en avoir de semblables, pourraient être réprimées par la révision d'office à laquelle toute sentence criminelle est soumise; mais elle pourrait ne l'être pas. Le souverain lui-même n'aurait-il pas fait sagement de mettre les juges à l'abri de la tentation de le flatter au dépens des condamnés ?

Mais la loi russe a un autre défaut relativement à l'exécution des peines : la publicité n'y est pas suffisante. Il y a des exécutions secrètes, et qui rappellent trop le fouet *sous la custode* de notre ancienne législation, peine qui est à tort censée purement correctionnelle, par cela seul qu'elle n'est pas publique; elle peut être plus terrible que celle qui est pénale et qui est infligée au grand jour. Il est vrai qu'elle n'est pas suivie de l'exil en Sibérie, des travaux forcés dans les mines, dans les fabriques, dans les forteresses ou

[1] DIOD. SIC., I. § 77.
[2] DE REUTZ, p. 477.

comme colon ; mais mieux vaut quelquefois l'exil et les travaux coloniaux que la mort au fond d'un cachot sous les verges d'un bourreau.

L'exécution du jugement était accompagnée en Danemark, au XIe et au XIIe siècle, d'un grand nombre de formalités. Dans les affaires dont le jugement attribuait une amende au roi, l'exécution appartenait à l'intendant royal, qui tout d'abord devait satisfaire le plaignant d'après les moyens présumés du coupable. Si celui-ci ne possédait rien, ou si l'intendant manquait à son devoir, le plaignant pouvait faire déclarer le condamné *friedlos*, d'abord au tribunal de l'herred, ensuite à celui du landsting. Dans les affaires où le jugement n'attribuait l'amende qu'au plaignant et où le condamné la refusait, le plaignant devait en général se satisfaire lui-même en prenant des gages. Cette exécution était pourtant soumise à certaines formalités et à certaines restrictions. Quand il ne voulait pas s'y prendre de cette façon, il pouvait le faire déclarer *friedlos*. Quant aux jugements qui prononçaient la peine de mort et des peines afflictives, c'était tantôt l'officier royal, tantôt le plaignant lui-même qui les exécutait [1].

Dans la période suivante, c'est-à-dire du XIIIe au XVIe siècle, les moyens ordinaires employés pour forcer le condamné à s'acquitter de l'amende sont les mêmes que dans la précédente période : amende au roi, prise de gage et guerre déclarée. Le droit du Jutland ajoute que le condamné à trois marcs d'amende (qui ne l'acquitte pas) ne peut disposer de ses biens,

[1] KOLDERUP, § 79, p. 153.

porter aucune plainte, ni entrer dans quelque service que ce soit. Mais ces moyens de contrainte étaient encore insuffisants, puisque souvent le demandeur implorait le secours du roi, au nom duquel la sentence était exécutée. Dans les villes, la chose était bien plus facile. Au XIVe siècle du moins, les villes avaient des taxateurs qui exécutaient la sentence après un certain délai. Le condamné qui n'avait rien était livré à son adversaire pour travailler à son profit [1].

Dans la troisième période du droit danois, du XVIe au XVIIe siècle, la poursuite, dont Christiern IV avait réglé les formes sous le titre de *Rigens ret og dele*, n'est plus en usage [2].

On trouve dans le droit anglo-saxon des dispositions qui rappellent celles du droit danois relativement à l'amende. Celui qui ne pouvait pas la payer était regardé comme ne le voulant pas, et cessait d'être sous la protection du roi : il était *friedlos*, seulement le droit de le poursuivre passait de l'offensé non satisfait au roi. Dans le cas, au contraire, où il y avait refus volontaire de se soumettre à la peine, le condamné était regardé comme s'étant toujours refusé à l'action

[1] Kolderup, § 122, p. 249 ; § 123. p. 253. Cette dernière manière de désintéresser un créancier ou la partie civile en matière criminelle rappelle un usage analogue des Romains : Si le condamné ne pouvait ni payer, ni trouver de répondants (*sponsores* vel *vindices*) dans l'espace de trente jours, le prêteur le faisait livrer à sa partie adverse (*judicatus* id est *damnatus* et *addictus*), qui avait le droit de l'emmener et de le réduire en servitude (*abductus*) (Cic., *Flacc.*, 19 ; Tit.-Liv., VI, 14, 34 ; Plaut., *Pœn.*, III, 3, 94 ; *Asin.*, 5, 2, 87 ; Gell., XX, 1). La loi des Douze Tables appelle ces trente jours *dies justi : rebus judicatis*, XXX, *dies justi sunto*, post deinde manus injectis esto, in jus ducito. — V. Adam, op. cit., t. I, p. 394.

[2] *Ibid.*, § 154 et 180.

de la justice, et n'était plus sous la protection royale. S'il ne prenait pas la fuite, s'il ne sortait pas du pays, il pouvait être tué impunément par son adversaire ; il n'y avait dans ce meurtre aucune violation de la *paix du roi*, puisqu'il n'y avait pas de paix avec un étranger, et que le contumax était regardé comme tel. Le roi pouvait le faire tuer ou mutiler, ou lui accorder un délai pour s'enfuir [1].

Les sentences criminelles ne furent pas toujours d'une exécution facile : quand elles atteignaient certains coupables, et que l'esprit de corps ou de caste s'en croyait atteint ou menacé, le pouvoir exécutif ne s'acquittait pas toujours sans difficulté de cette pénible tâche. L'administration de la justice criminelle appartenait, à Florence comme dans les autres villes, à un podestat étranger, ou plutôt à deux magistrats étrangers, le podestat et le *capitano del popolo*, qui paraissent avoir exercé concuremment leur juridiction. Un gonfalonier de la justice, officier chargé de faire exécuter la sentence de ces deux magistrats dans le cas où les officiers ordinaires ne pourraient y parvenir, fut créé en 1295 ; un corps de mille citoyens, qui fut ensuite porté à quatre mille, était sous ses ordres. Il ne fallait pas moins que cette force imposante pour tenir la noblesse en respect ; pleins de confiance en leurs forces, les nobles s'inquiétaient peu de la sévérité des lois à leur égard. Il paraît même que ces mesures furent insuffisantes : on crut devoir déclarer la noblesse non éligible. De plus, si un noble commettait un délit,

[1] PHILLIPS.

sa famille était responsable, et passible d'une amende de trois mille livres ; et pour que désormais le silence des témoins, à qui la crainte fermait trop souvent la bouche, n'arrêtât pas le cours de la justice, il fut décrété que le bruit public, attesté par deux personnes dignes de foi, serait considéré comme une preuve suffisante pour condamner un noble [1]. Pour mieux tenir dans la soumission cette classe orgueilleuse et rebelle, le parti gouvernant appela plusieurs fois un magistrat étranger à qui on donnait le titre de capitaine de la garde, et qu'on investissait d'une juridiction criminelle presque illimitée [2].

Chez beauconp de peuples, le criminel qui va mourir est déjà regardé comme réconcilié avec la société ; on lui pardonne à l'avance, et à condition qu'il subira sa peine. Une preuve de cette espèce de réconciliation, c'est la complaisance qu'on a pour lui dans ses derniers moments. Ily a de ces complaisances qui sont des devoirs, et des devoirs d'autant plus sacrés qu'ils sont destinés à faciliter la réconciliation du coupable avec le souverain juge. Qui croirait cependant que jusqu'à l'ordonnance du 12 février 1396, donnée par Charles VI, les condamnés fussent réduits à la confession de désir ! Ils marchaient au supplice avec le fardeau de leur crime sur la conscience ; et si une saine instruction religieuse ne les rassurait pas, ils pouvaient se croire perdus en ce monde et en l'autre. La loi espagnole était plus humaiue, et plus chrétienne

[1] HALLAM, *l'Europe au moyen âge*, II, p. 99-101.
[2] HALLAM, *l'Europe au moyen âge*, II, p. 103.

en même temps : les sacrements, excepté l'extrême-onction (et pourquoi encore cette exception?), étaient administrés au condamné qui allait mourir [1].

Il y a d'autres désirs bien moins respectables, et qui tiennent des préjugés divers, comme de mourir plutôt par le plomb que par l'acier, plutôt par l'acier que par le chanvre, et que sais-je encore ? Ainsi, par exemple, de tous les supplices, celui de la corde est le plus odieux aux Valaques ; il leur répugne beaucoup moins d'être roués, parce que dans ce dernier supplice, l'âme, disent-ils, sort du corps par la bouche, au lieu que l'âme d'un pendu, ne pouvant sortir par la voie ordinaire, est forcée de s'esquiver par un chemin moins honorable. En Angleterre, le peuple semble partager ces idées [2]. Je ne rapporte pas d'autres préjugés analogues connus de tout le monde. Ici, comme ailleurs, je m'attache à ce qu'il y a de plus caractéristique et de moins connu.

[1] ASSO Y MANUEL. C'est l'eucharistie qui était refusée en France. V. POTHIER, op. cit., t. II, p. 373.

[2] MALTE-BRUN, *Geogr. univ.*, t. I, p. 383-384.

QUATRIÈME PARTIE

ESQUISSE DES PROGRÈS DE LA CIVILISATION

déduits des principaux faits exposés dans les livres qui précèdent ; du présent et de l'avenir du droit pénal

---

CHAPITRE PREMIER

Progrès de la législation pénale marqués par ceux de l'idée qu'on s'est faite successivement des délits et des peines en général.

§ I

Progrès des idées sur la nature des délits.

SOMMAIRE

1. Susceptibilité de l'offensé, première base de l'estimation du délit. — Le caprice du pouvoir, — père de famille, pontife ou prince, — joue un rôle analogue.
2. Les coupables livrés par le pouvoir au ressentiment de l'offensé, — Délits privés seulement ; pas de délits publics. — C'est toujours le règne de la vengeance personnelle.
3. Le pouvoir, le sacerdotal surtout, prend en main la vengeance. — Confusion des péchés et des délits ; les premiers punis comme les seconds.
4. Distinction des délits en spirituels et en temporels ; — peines religieuses. peines civiles.
5. Distinction des fautes morales et des délits.
6. Caractères du délit : délit légal, — définitions, — dénominations.
7. Trois ordres de caractères dans les délits. — La législation orientale, celle de la Grèce, celle de Rome laissent à désirer beaucoup sur ce point. Les lois modernes elles-mêmes sont imparfaites à cet égard.

Dans le principe, c'est la susceptibilité de l'offensé qui fait le délit. Le délit n'a donc rien alors d'absolu.

Il y a plus, il dépend du caprice et de l'erreur du pouvoir qui le punit. C'est ainsi que le père de famille, qui était tout à la fois législateur et juge dans les premières sociétés humaines, pouvait faire un crime à ses enfants d'un acte innocent en soi.

Ce même père de famille était aussi le pontife du culte domestique, et pouvait ériger en pratiques des actes indifférents, superstitieux ou fanatiques, et en punir les infracteurs.

Le souverain d'un Etat despotique, que cet Etat soit constitué rationnellement ou théocratiquement, peut tomber dans le même arbitraire, et y est tombé en effet.

Il y a plus, c'est que des familles peuvent être groupées en peuplades, former ensemble de petits Etats, et laisser presque entière l'autorité paternelle pour les événements purement domestiques.

Cet état de choses s'explique ou par l'indifférence, ou par la politique : par l'indifférence, si le chef de famille est le seul qui compte dans l'Etat, et s'il a toute la charge domestique; par la politique, s'il est regardé comme un représentant de l'autorité gouvernementale, comme un moyen d'action sur la famille, qui fait de tous les membres de cette famille des instruments d'autant plus dévoués à la chose publique qu'ils sont eux-mêmes plus puissants. Le pouvoir absolu du père de famille chez les sauvages est de la première espèce; à Rome, il était de la seconde. Chez les Iroquois, la décision des affaires criminelles survenues entre les membres d'une famille appartient immédiatement à ceux de la cabane des coupables. On

suppose qu'ils ont droit de vie et de mort les uns sur les autres. Le village ne semble prendre aucun intérêt au délit. On présume que celui qui a été tué l'a été légitimement ; qu'il ne devait être plus cher à personne qu'au meurtrier, et que celui-ci ne s'est porté à un tel excès que par des raisons si puissantes, qu'il n'est permis à aucun étranger de s'en faire juge. On le plaint même d'avoir été dans la triste nécessité d'user de cette violence contre son propre sang, et l'on croit que s'il y a réellement là quelque faute, c'est au reste de la famille à le voir et à sévir ou à pardonner [1].

Il y a là si peu de politique ou de calcul, que le père lui-même est abandonné à la discrétion de ses enfants. C'est donc bien un principe d'indifférence qui abandonne indistinctement tous les membres de la famille à l'affection qui doit les unir tous.

Le second moment qui préside à la détermination des délits est celui où le pouvoir reconnait traditionnellement des fautes qui méritent vengeance, mais livre les coupables au ressentiment des offensés. Il n'y a que des crimes privés, même en dehors de la famille, ou d'une famille à une autre ; il n'y a pas encore de crimes publics. Le lien social n'est pas assez fort pour qu'il y ait solidarité entre tous les membres de la communauté, et pour qu'une autorité publique, constituée comme l'âme du corps social, prenne sous sa protection tous les éléments de ce corps, même celui qui s'est rendu coupable.

[1] Lafitau, *Mœurs des sauvages américains*, t. I, 486 et s.

Dans un troisième moment, le code des délits s'étend, et l'autorité règle la vengeance, ou déjà commence à l'exercer elle-même. Cet état de choses prend surtout naissance sous le régime sacerdotal : les dieux dédaignant de punir les impies ou ajournant leurs châtiments, les prêtres s'en chargent. Sous le régime théocratique, tout délit devient une impiété, et doit être puni à ce titre. Et comme la vie tout entière de l'homme, on le sent, doit être réglée ; comme ces règles sont connues et voulues de Dieu, ceux qui en sont ou qui s'en disent les organes ont qualité pour proclamer ses lois et les faire respecter. De là le péché et le vice associés aux délits, et sanctionnés par des peines. Les devoirs religieux et les devoirs à l'égard de soi-même sont proclamés aussi sacrés que ceux qui nous obligent envers nos semblables, et sanctionnés aussi fortement, plus fortement même, surtout les devoirs religieux. Et tous les devoirs ayant plus ou moins ce caractére, la législation pénale prend alors une teinte d'atroce sévérité : le moyen, en effet, de trop venger Dieu quand une fois on s'est chargé de le faire !

Au moins, si tous ces délits étaient réels, naturels ! Mais non : une fois sur la voie de la fiction et du merveilleux, l'imagination féconde et intéressée des ministres de la Divinité invente une foule de délits religieux, d'impuretés légales, de profanations, de sacriléges, d'impiétés, d'hérésies, qui presque toutes sont frappées du dernier supplice.

Il vient un temps, néanmoins, et c'est le quatrième moment de la législation criminelle, où l'autorité se

divise, mais où l'influence théocratique se fait sentir encore. Alors il y a des délits spirituels et des délits temporels, des peines religieuses et des peines civiles. Mais alors encore la loi civile, inspirée par la pensée religieuse, adopte une partie des délits purement religieux, et les convertit en délits civils. Les vices figurent également dans les codes criminels de cette époque.

Cet état de choses doit durer jusqu'au moment où les deux puissances se séparent, en reconnaissant, l'une d'elles au moins, la puissance civile, que sa mission n'est point de faire régner telle croyance religieuse, tel culte plutôt que tel autre ; mais simplement de protéger tous les cultes et toutes les croyances à titre de biens, à titre de droits, chez les particuliers. Mais il faut, pour qu'une société arrive là, qu'elle ait été auparavant déchirée par les guerres religieuses, qu'elle ait profondément réfléchi sur la nature et la mission du pouvoir civil, qu'elle ait distingué la société politique et la société ecclésiastique, qu'elle ait reconnu le caractère tout spirituel au fond de cette dernière, qu'elle se soit aperçue que la base du droit de souveraineté n'est point à la merci d'une secte religieuse quelconque ; que ce droit a sa raison dans la nature des choses, dans la société civile même, et dans les principes purement rationnels qui la régissent.

Alors, mais alors seulement, le législateur se distingue de l'homme et du sectaire. Comme législateur, il comprend qu'il ne doit professer d'autre culte que celui de la justice, afin précisément de pouvoir protéger tous les cultes. L'homme, pris en dehors du

législateur, conserve le droit de partager les croyances religieuses qui vont le mieux à son esprit et à son cœur, ou même de s'abstenir complètement à cet égard. C'est un droit qui lui est cher, et c'est parce qu'il en connaît tout le prix qu'il respecte, en ce qui concerne ce droit, la liberté de tous, en purgeant le code criminel de toute peine contre des manquements qui sont uniquement du ressort de la conscience individuelle, et qui ne peuvent être frappés, par l'autorité religieuse même, que de peines purement disciplinaires, acceptées librement de celui qui les encourt, et dont la plus grande est le retranchement spirituel, l'excommunication, qui n'atteint que les rebelles.

La liberté de quitter un culte, comme celle d'en exclure, doit être protégée au profit de tous ceux qui n'en veulent plus faire partie, ou qui rencontrent dans les affiliés de telles dissidences qu'il y aurait péril pour la société spirituelle à conserver dans son sein des incohérences aussi profondes. C'est là le cinquième moment du progrès.

Il en est un dernier, c'est celui où le législateur comprend qu'il n'a plus mission de faire respecter, directement du moins ou par les voies pénales, les mœurs privées proprement dites de la religion.

L'équité, c'est-à-dire les relations de droit pur, telle est la grande affaire du législateur. L'intérêt ou le bien-être public y est lui-même subordonné. La morale, la morale privée surtout (celle qui ne regarde que les rapports de l'agent avec lui-même), ne doit occuper le législateur civil qu'autant qu'elle porte atteinte à un droit strictement exigible, et non point

seulement parce que les infractions de ce droit froissent certains préjugés de secte, ou choquent des susceptibilités exquises.

Un délit, pour être punissable par le législateur, doit donc avoir le caractère social ; il doit porter atteinte à de véritables droits privés ou publics, ou les menacer d'une manière tellement imminente, qu'une autorité protectrice doive les réprimer ou les prévenir. Il faut donc qu'un délit soit un mal réel ou tellement probable qu'il en résulte déjà un trouble dans la société.

Il faut, de plus, qu'il ait un caractère si manifestement répréhensible qu'il soit sans excuse, alors même qu'il ne figurerait point dans la liste qu'en donne le législateur, ou qu'il y soit implicitement et évidemment compris.

Il serait mieux encore que tous les délits y fussent toujours nettement définis, et la peine qui doit les atteindre toujours positivement énoncée quant à l'essence, sinon quant au degré.

C'était donc un vice dans la législation romaine que de s'en tenir aux dispositions des lois primitives, qui étaient loin d'avoir tout prévu, et de grouper, par une analogie souvent fort peu scrupuleuse sur les ressemblances, les délits non prévus par la loi avec d'autres délits contre lesquels des peines avaient été décernées, par exemple le vol sacrilége avec le parricide, le jugement entaché de vénalité avec l'empoisonnement et l'assassinat[1].

[1] V. *Essai sur les lois criminelles des Romains*, etc., par M. Ed. LABOULAYE, p. 190 et s.

Les empereurs de la Chine, dans leur Code pénal, prescrivent de juger

Le délit légal, ou prévu et défini par la loi, devrait seul être punissable dans toute nation policée et qui possède une loi pénale écrite. Un délit qui n'aurait pas été prévu par le législateur, ou qu'il laisserait passer impuni après que l'événement le lui aurait révélé, ne peut être ni bien grave ni bien fréquent.

Il importe que les délits soient bien définis, afin de ne point confondre des actions criminelles très distinctes. Ce n'est pas tout : il faut qu'ils soient nommés de noms différents, car ce qui n'a point de nom n'existe pour ainsi dire pas pour l'esprit; il tend du moins à se confondre avec autre chose qui lui ressemble en quelques points. C'est en ce sens qu'il est vrai de dire avec Bonald qu'une idée connue est une idée nommée.

Il serait cependant plus vrai de dire qu'elle est nommée parce qu'elle est connue, mais qu'elle n'est connue de tout le monde avec réflexion que du moment qu'elle est nommée.

Nommer des délits, c'est donc en faire des espèces. Ces espèces ne seraient que nominales si la loi n'en donnait avec soin les caractères distinctifs. Mais dès qu'elle les donne, il faut qu'ils se rencontrent tous pour que le délit spécifié puisse être affirmé.

Il importe donc de distinguer dans les délits trois ordres de caractères : les uns génériques, qui font qu'il y a délit; les autres spécifiques, qui permettent de ranger le délit dans telle ou telle catégorie; et

par analogie les espèces qui n'auraient pas été prévues par la loi. (*Code pénal de la Chine*, t. I, p. 75.)

enfin les caractères accessoires, qui en donnent le degré de gravité.

Les législations orientales, la législation grecque et la romaine (jusqu'à l'époque des Douze-Tables au moins), n'ont pas pénétré assez avant dans la distinction de ces trois ordres de caractères. Et si la législation romaine postérieure et les législations modernes ont été plus savantes, plus profondes et plus vraies, elles ont encore laissé beaucoup à faire aux Solons des temps modernes.

§ II.

Progrès relatifs à la division des délits.

SOMMAIRE

1. Deux grandes sortes de délits : absolus ou relatifs.
2. Nécessité de proclamer les lois qui constituent les seconds.
3. Autre division des délits, prise de leur nature ou du droit lésé.
4. Point de division ou de classes de délits chez les sauvages ; pas de peines raisonnées et constantes.
5. Peu d'ordre dans les lois pénales de l'Orient.
6. Division des délits en publics et en privés. — Sa condition. — Ministère public. — Heureuse institution.
7. Opinion publique. — Autorité religieuse, sa sphère propre. — Arcadius et Honorius ; — leurs imitateurs. — Lois romaines sur la poursuite de l'adultère.
8. Autres divisions encore des délits ; — de quoi elles dépendent.

Il y a deux grandes sortes de délits, suivant qu'ils sont absolus ou relatifs ; c'est-à-dire suivant qu'ils sont essentiellement et évidemment tels, ou qu'ils ne le sont, au contraire, qu'en vertu de circonstances particulières que l'agent peut très bien ignorer, ou de conséquences qu'il peut ne pas prévoir.

Les délits relatifs ont surtout besoin d'être proclamés par les lois, et ces lois doivent, à leur tour, être la matière d'un enseignement, ou tout au moins d'une promulgation universelle et réelle. Les délits de police appartiennent presque tous à cette catégorie.

Une autre division naturelle des délits se tire de la nature du mal commis ou du droit lésé. Mais de ce qu'un droit peut être violé à bien des degrés, ce n'est pas une raison de faire autant de classes de délits qu'il y a de degrés sensibles de lésion. Evidemment, la lésion est la même quant à la nature ou à la qualité. Et puis, où marquer positivement des degrés dans la continuité?

Ce n'est pas à dire toutefois que le juge, dans l'appréciation des faits, ne doive pas tenir compte de l'intensité diverse du mal occasionné et de l'intention mauvaise qui en est le principe. Non, il ne s'agit ici que de la base d'une division des délits, et nullement d'une distinction plus ou moins précise, mais nécessaire pourtant, des degrés de culpabilité.

Au reste, il n'y a que la science, par conséquent la réflexion systématique, qui divise et qui classe. Il faut, d'ailleurs, l'usage de l'écriture ou d'autres signes de notation pour diviser et classer.

Point donc de division ou de classification apparente de délits chez les sauvages, mais distinction des cas particuliers seulement, et peines d'usage infligées; encore faut-il qu'il y ait un usage, et qu'une autorité despotique et capricieuse n'y substitue pas ses fantaisies et ses passions du moment.

Les lois de Moïse, celles de Manou, celles de Zo-

roastre, de Mahomet surtout, présentent peu d'ordre dans leur rédaction.

Il est vrai qu'elles ont été faites la plupart suivant les besoins, et qu'elles sont moins un code systématique qu'une collection de lois diverses.

Quoi qu'il en soit, la division la plus commune des délits en délits publics et en délits privés, suivant que la poursuite en était permise ou même ordonnée à tous les citoyens, ou seulement abandonnée à la volonté des intéressés; cette division, disons-nous, ne peut se rencontrer que chez les peuples où l'intérêt social est distingué de l'intérêt privé, et placé sous la garde de tous.

C'est un nouveau degré de perfection et un signe de force et de sécurité publique, c'est surtout une mesure de morale sociale que d'avoir institué une magistrature qui représente l'ordre public et la vigilance tutélaire de la société entière sur les droits et les intérêts des faibles. Tout se trouve concilié : la sécurité publique et la protection due au malheur et à l'impuissance. D'un autre côté disparait cet esprit d'hostilité et d'animosité que le rôle d'accusateur était si propre à entretenir parmi les citoyens, d'individu à individu ou de famille à famille.

C'est encore un nouveau progrès d'avoir su distinguer les délits qui intéressent véritablement l'ordre public de ceux qui ne le touchent point, ou qui n'y portent qu'une très légère et très indirecte atteinte. L'honneur et le repos des familles, le respect de leurs intérêts propres méritent des égards; de plus, le for intérieur et l'opinion publique sont deux autorités,

deux tribunaux auxquels il faut faire la part d'autant plus large qu'ils sont plus puissants.

C'est donc un nouvel avantage que l'existence de cette double autorité. Mais elle ne peut guère s'établir et se perfectionner qu'à la condition de la liberté, et de l'instruction morale et religieuse. Le despotisme civil et le clérical n'aboutissent qu'à l'oppression des sentiments comme des pensées.

Il y a une autre autorité morale encore, mais qui doit, pour être salutaire, être librement acceptée et gardée : je veux parler de l'autorité religieuse.

Il faut lui laisser l'empire qui lui revient. Ce fut donc une véritable faute de la part des empereurs Arcadius, Honorius et Théodose d'avoir mis l'hérésie des manichéens au nombre des crimes publics [1].

C'est ainsi que souvent depuis, sous prétexte de fortifier l'Eglise, on l'a réellement affaiblie, soit en usurpant sur ses attributions, soit en enchérissant sur ses propres peines, soit en la rendant haïssable par cette alliance aussi monstrueuse que tyrannique.

Ce fut une double faute encore de la part des lois romaines que d'avoir mis l'adultère au nombre des crimes publics, et d'avoir forcé le mari d'une femme infidèle à révéler sa propre infortune. C'est une des mille exigences excessives de l'intérêt public chez les Romains.

Les juriconsultes divisent encore les crimes d'après leur plus ou moins de gravité, d'après la nature de la peine qui les frappe, l'espèce de tribunal qui doit en

[1] L. 4. Cod., *De hœreticis*.

juger, le genre de preuves le plus propre à les faire constater, la nature du droit qu'ils violent, la qualité de la personne offensée, etc.

Toutes ces divisions dépendent de points de vue divers, et prouvent un progrès dans l'étude de la criminalité. La science vit d'aperçus multipliés, distingués, comparés, classés, raisonnés. L'unité qui n'est pas le fruit de la synthèse scientifique est une unité ignorante, qui confond sans lier ; c'est l'unité des ténèbres et du chaos, ce n'est pas celle de la lumière et de l'harmonie.

§ III.

Des progrès des idées relativement au patient et à l'agent dans les délits.

SOMMAIRE

1. Délits fictifs ; — d'où ils résultent.
2. Ce qu'il y a de relativement utile dans quelques-unes de ces erreurs.
3. Responsabilité personnelle, ou civile du moins.
4. Solidarité quelquefois juste et nécessaire ; — conditions.
5. Appréciation des degrés du délit. — Condition des délinquants. — Egalité devant la loi pénale ; — conséquences de l'égalité devant la loi civile.
6. Distinction entre la tentative du délit et le délit lui-même.
7. Modération de la peine relativement à certains degrés de culpabilité.
8. Doutes sur la question de l'aggravation de la peine par suite de la récidive.
9. Question de la complicité. — Participations diverses.

Aussitôt que l'imagination humaine a converti les êtres inanimés en êtres sensibles, et ceux-ci en êtres raisonnables, et qu'après avoir élevé la création infé-

rieure au niveau de l'homme, elle a fait descendre la Divinité au rang des mortels, elle a cru logiquement faire un crime d'actes innocents ou qui ne sont répréhensibles qu'aux yeux de la morale. C'est donc en conséquence d'une déception de la fantaisie que certaines législations primitives ont pu voir des délits punissables comme attentatoires à une personnalité vraie dans des actes qui ne faisaient souffrir qu'une sensibilité fictive ou une sensibilité dépourvue de raison.

Mais c'est un pas vers la vérité d'avoir mis sous la protection de cette erreur les animaux utiles.

C'en est un autre, et le dernier, d'avoir puni des actes déraisonnables comme contraires à la moralité publique et à l'intérêt général.

En vertu de la même erreur, il était assez naturel qu'on pensât que l'animal peut pécher, et qu'on eût l'idée sérieuse de le punir.

Mais le législateur qui profita de cette erreur pour calmer le ressentiment, pour inspirer l'horreur du crime, pour en faire disparaitre le souvenir avec la cause ou l'instrument, d'ailleurs innocent, du malheur qu'on déplorait, ce législateur fit preuve de sagesse.

Il fut surpassé, cependant, par celui qui sut faire comprendre au peuple que l'animal n'est pas une personne morale ; qu'on peut bien le livrer à celui qui souffre des dégâts ou des accidents qu'il occasionne, mais que c'est alors à titre d'indemnité, et nullement à titre de peine ; que s'il est soustrait par la mort aux regards du public, c'est dans un intérêt moral et non point par un esprit d'équité pénale.

Un troisième progrès dans l'imputabilité fut accom-

pli lorsqu'on sut dégager de toute responsabilité, civile au moins, les personnes étrangères au délit, par exemple, la famille du coupable, sa tribu, sa nation. C'est là un grand effort de l'esprit humain, et le principe que les fautes sont personnelles n'a pas encore reçu sa pleine consécration, au moins dans ses conséquences, de la part des législateurs qui semblent le professer avec le plus de conviction. Sans doute, en le consacrant, on perd des garanties; mais le triomphe de la justice, c'est d'oublier ses intérêts en présence du droit; sa haute sagesse, c'est d'apercevoir qu'il n'y a d'intérêt véritable que dans l'équité.

Disons cependant que cette solidarité est quelquefois aussi juste que nécessaire, mais à la condition qu'il y ait eu faute morale réelle ou justement présumable, et que la peine soit purement pécuniaire. Sans cette responsabilité, le délit resterait impuni, le préjudice sans réparation.

Après avoir renvoyé le délit à sa véritable et seule cause morale, il reste encore à l'apprécier à son vrai degré. Et ce troisième progrès dans l'appréciation du délit n'est pas plus facile que le précédent. Il dépend de tant de données, de tant de circonstances, et de circonstances souvent si délicates et si difficiles à saisir et à peser, que c'est beaucoup déjà de les reconnaître et d'admettre le principe. On peut cependant les classer en deux catégories, suivant qu'elles sont objectives ou subjectives, c'est-à-dire suivant qu'elles tiennent au fait, au délit, à ses circonstances extérieures et à la personne qui en souffre, ou qu'au contraire, elles tiennent à l'état moral de l'agent. La première classe

est celle dont les hommes se sont préoccupés d'abord, même instinctivement; la seconde a été méconnue plus longtemps.

Mais ce qu'on n'a pas oublié de faire, et qui n'est qu'une injustice à la suite d'une injustice, c'est de voir une plus grande culpabilité dans l'homme que la violence ou les préjugés sociaux ont placé au-dessous d'un autre que dans celui qui est d'une condition supérieure. C'est donc une amélioration que l'égalité devant la loi pénale ; mais on ne la rencontre qu'à la suite de l'égalité devant la loi civile.

Par suite d'une légitime distinction entre la morale et le droit, grand nombre de législateurs modernes n'affectent pas la même peine à la tentative du délit et au délit consommé.

C'est, au contraire, par un principe d'humanité plutôt que par un principe de justice qu'ils se contentent d'appliquer la peine méritée par le délit le plus grave, lorsque plusieurs ont été commis en même temps par le même agent. C'est par des considérations semblables qu'ils ont fait abstraction des circonstances aggravantes lorsque le délit méritait la peine capitale ; on corrompt l'humanité et l'on se corrompt soi-même en se montrant atroce, même au nom de la justice. Il y a un degré de scélératesse que la société ne doit pas atteindre par la peine, et qui semble réservé au souverain juge. Il suffit à l'homme, s'il ne veut pas se venger, de se mettre par la peine à l'abri des tentatives des plus coupables.

La circonstance de la récidive est de nature à occasionner des scrupules, des dissidences et des contro-

verses qui ne semblent pas avoir occupé les anciens : c'est beaucoup déjà que l'examen et le doute sur des matières où l'esprit humain marchait autrefois d'un pas si sûr. Quiconque ne sait pas douter, souvent ne sait pas voir.

Les mêmes hésitations ont amené des distinctions pleines de vérité et de justice dans la question de la complicité. On peut tremper à des degrés très divers dans une action coupable, depuis la confidence la plus passive jusqu'à la coopération la plus essentielle.

Il ne suffirait pas cependant de distinguer des degrés dans la participation matérielle au délit : il faut de plus distinguer la participation purement morale et négative d'avec la participation positive et juridique, et reconnaître que la loi civile n'a pas mission de sévir contre la première. Des théologiens, toujours portés à ne voir les actes humains que sous le point de vue du for intérieur, alors même qu'ils sont destinés à la répression civile, s'y sont trompés, et après eux des législateurs. Autre chose est la responsabilité morale, autre chose la responsabilité civile ; on n'est pas nécessairement passible de la seconde quand on l'est de la première ; l'inverse serait déjà plus vrai ; mais cette vérité même serait sujette à plus d'une exception.

§ IV

Mouvement des idées relativement à la cessation de la culpabilité.

SOMMAIRE

1. Innocence relative du coupable qui a subi son châtiment.
2. Sentiments instinctifs contraires.
3. Où est la vérité? — Explication. — Erreur : la peine purifie moralement.
4. Autre erreur des peuples peu éclairés : le repentir ne purifie pas moralement. — Le christianisme a bien vu en ce point.
5. Troisième erreur : peine infligée aux morts.
6. Prescription de la poursuite ou de la peine. — La société doit s'apaiser.

Il est remarquable que des sauvages, des barbares, des peuples à demi civilisés ne voient plus de coupable dans l'homme qui a subi sa peine. Nos sentiments sont plus tenaces ; nous avons besoin d'un grand effort sur nous-mêmes pour cesser de voir un coupable dans l'homme qui a cependant satisfait à la justice criminelle. Peut-être n'est-ce que défiance ; mais cette défiance même pourrait être injuste. Peut-être n'est-ce qu'incertitude ; mais le doute, pour être permis, n'est pas moins un malheur pour celui qui en est l'objet.

Cette manière différente de voir chez les peuples peu civilisés encore et chez les peuples modernes accuse-t-elle ces derniers ? Il le semblerait. Mais quand on s'en explique la cause, on s'aperçoit que la raison est encore pour le présent.

Si quelques peuples anciens ou peu civilisés voient toujours une réhabilitation morale et civile dans la

peine endurée, c'est qu'ils conçoivent le délit comme un mal que la peine ferait nécessairement disparaître ; c'est une souillure que la souffrance efface ; c'est une dette que la douleur acquitte ; c'est un accident survenu dans le moral de l'homme qu'un autre accident dissipe. Telle est la théorie de l'expiation, théorie dont l'histoire elle-même se charge, comme on voit, de faire ressortir le caractère superficiel et faux, malgré les apparences contraires.

Pour les modernes, comme aux yeux de la vérité même, le coupable qui a payé sa dette à la justice humaine peut avoir conservé une secrète affection, un secret penchant pour le mal ; il y a toujours plus de présomption contre lui que s'il n'avait pas failli. L'expérience apprend d'ailleurs chaque jour que la peine et l'amendement intérieur sont choses fort différentes. Une vue encore obscure de la raison laisse aussi apercevoir qu'il n'y a rien de commun absolument entre la culpabilité et la peine. On avait donc conçu le mal moral comme ressemblant à un mal physique susceptible d'être réparé. Idée fausse : le mal moral n'est point comme un vase qu'on brise et qu'on remplace ; c'est une disposition de l'esprit, du cœur surtout, que la peine peut occasionnellement servir à changer, mais qu'elle ne change pas nécessairement. Voilà ce qu'ont aperçu les peuples modernes, et ce qui les tient justement en garde contre ceux qui ont subi des condamnations criminelles.

Une autre erreur des peuples peu éclairés, c'est que la peine seule n'expie pas et ne change pas le coupable. C'est, au contraire, le repentir seul, la *conversion*,

qui opère le miracle de la réhabilitation morale. C'est un honneur immense au christianisme de l'avoir aperçu et proclamé, d'avoir dirigé toute sa discipline pénitentiaire dans ce sens, d'avoir placé là le but, et pas ailleurs. C'est là aussi, nous le savons, que la pénalité moderne, mille fois plus chrétienne en cela qu'elle ne le sait peut-être et que ne l'étaient toutes les législations civiles des temps antérieurs, semble diriger ses derniers efforts. Elles prennent ainsi un caractère moral très louable sans doute, mais qui ne pourrait sans danger leur faire oublier qu'elles ont, avant tout, à remplir une mission extérieure d'utilité sociale et de justice.

Une troisième erreur, que le temps et les lumières ont fini par dissiper, est celle qui portait à poursuivre les restes mortels d'un accusé ou d'un condamné, qui s'acharnait à sa dépouille matérielle et à sa mémoire; comme si la société avait mission de rétablir l'ordre absolu! comme si Dieu n'existait pas ou que les hommes n'eussent aucune foi en sa justice! comme si enfin la mort ne mettait pas nécessairement hors de cause, au tribunal de l'humanité, celui qui ne peut plus rien ni pour, ni contre ses semblables!

N'est-ce pas encore un progrès moral d'avoir compris que la société doit se laisser apaiser avec le temps; que les remords, la crainte, l'exil ont suffisamment puni celui qui s'est soustrait pendant longtemps à la vindicte publique; que le souvenir et les conséquences morales de son crime sont en grande partie effacés; qu'il n'a pas, d'ailleurs, été regardé comme exempt de toute peine, même extérieure, puisqu'il a dû fuir sa patrie couvert d'opprobre?

CHAPITRE II

Progrès des idées relativement aux peines.

§ I.

Relativement au but de la peine.

SOMMAIRE

1. La vengeance, premier mobile de la peine. — C'est un des traits de la vie sauvage.
2. Solidarité de la peine et du droit ou du devoir de punir entre les membres de la même famille, de la même communauté.
3. Vengeance assumée par le pouvoir vénal ou à lui remise par les membres de la communauté. — Appui d'abord social prêté aux particuliers. — Appui désintéressé ensuite ; il passe pour un devoir capital de la souveraineté. — Phase de la vengeance dans la justice pénale.
4. Phase de l'expiation. — Comment amenée. — Son caractère religieux. — Caractère de la pénalité sous l'empire de cette idée.
5. Nouvelle base donnée au droit de punir : — le talion. — Ses excès. — Fondé d'abord sur l'égalité absolue, il se base ensuite sur l'égalité proportionnelle.
6. Utilité de la peine pour le coupable et la société; autre principe de la pénalité. — Repentir. — Exemplarité.
7. Principe de justice, base de la pénalité. — Inséparable de l'utilité sociale, joint à l'utilité individuelle du coupable, à la sympathie.
8. Système pénitentiaire. — Son utilité. — Ses dangers. — Réflexions.
9. Conclusion : Principe composé. — Ses avantages sans inconvénients.

I. 1° Le premier mouvement de l'homme qui éprouve une injustice est de satisfaire le ressentiment qu'il en éprouve. Ce mouvement appartient encore à la nature

animale. La *vengeance* a donc été la première raison des peines. C'est un des traits de la vie sauvage. Le besoin de châtier un coupable est l'un des plus impérieux et des plus durables. On sacrifie tout, sa vie même, pour le satisfaire. Dans une société si faible d'autorité, toujours sur le point de se dissoudre et de se reformer, où l'homme ne voit dans son semblable qu'un auxiliaire et non un maître, où le chef n'est choisi ou accepté qu'à ce titre encore, les injures sont toutes personnelles d'abord, et ceux qui les ressentent ont seuls souci de les venger. Tant pis pour le faible, tant pis pour la victime.

2° Le second pas de la pénalité est marqué par la solidarité entre les membres de la famille ; l'injure faite à l'un d'eux est ressentie de tous, et la vengeance devient une affaire domestique : c'est un droit, un devoir qui est commun comme le sang, et qui passe du père au fils, du frère au frère. Mais là se termine la solidarité.

3° Lorsque plusieurs familles se trouvent unies par des liens plus forts, lorsqu'elles font corps entre elles et qu'elles sont dans la nécessité de s'unir étroitement pour se défendre contre d'autres groupes ou pour les attaquer, alors naît l'esprit de corps. Tous les membres qui le composent ont une utilité, un prix pour tous les autres ; les services réciproques, l'amitié, l'unité des intérêts font naître l'unité des sentiments : le sentiment éprouvé par l'un des membres d'un corps social particulier, et par opposition à un autre corps rival ou ennemi, est partagé par tous les autres membres ou par le plus grand nombre. Le chef de cette

communauté prend, d'ailleurs, aisément l'habitude de s'identifier avec tous ceux qui servent d'instruments à sa grandeur et à sa puissance ; il les protége comme ses hommes, comme sa chose ; leur manquer, c'est l'outrager lui-même. La cause personnelle devient ainsi nationale, et la vengeance prend un caractère public qui lui vaut le nom de guerre.

4° Dès qu'une véritable autorité civile est établie, elle ne peut tarder à comprendre qu'elle doit protéger ceux qu'elle gouverne, non-seulement contre les étrangers ou les ennemis, mais encore contre les malfaiteurs du dedans. Elle a mission de faire régner l'ordre, de soutenir les droits du faible contre le fort. Elle croit d'abord faire assez en permettant la vengeance personnelle ou domestique, c'est-à-dire en défendant au coupable de se soustraire au châtiment qu'il mérite, et dont l'offensé reste juge, en le livrant même à la discrétion de celui dont il a provoqué la colère. Elle ne comprend pas encore que le coupable lui-même a des droits, que son délit a une mesure que la peine ne doit point dépasser.

Il y a plus, elle se fait payer cette coopération à la vengeance par celui qui l'obtient, si elle ne peut être payée par celui qui la rend nécessaire. Ainsi, la vindicte publique commence par être un coup de main, un secours payé par les particuliers.

Plus tard, l'autorité comprend que ce service est essentiellement public, qu'il est son premier devoir, que le pauvre et le faible ne peuvent rester sans vengeance, parce qu'ils sont faibles et pauvres ; que c'est au contraire pour cette raison même qu'ils doivent

être vengés par le pouvoir établi. La justice pénale prend donc alors un caractère de haute fonction publique ; elle fait partie essentielle des attributions et des devoirs de la souveraineté ; elle devient une dette de la société envers tous les membres qui la composent : c'est un service public payé par le trésor public; elle est dès lors censée gratuite pour chacun. Telle est la première phase de la justice pénale, la phase de la vengeance.

II. L'homme n'est pas moins un animal religieux qu'un animal politique ; ses idées à cet égard sont très précoces, mais enveloppées d'abord, obscures, pleines de susperstitions et de mauvais mysticisme. Le supernaturalisme l'enveloppe et l'étouffe ; la nature est pour lui une révélation permanente, remplie de mystères; il voit partout du divin, sans concevoir Dieu encore. Tout est Dieu. Sa nature, son origine, sa vie, sa destinée sont pour lui non moins incompréhensibles, non moins mystérieuses et divines que tout le reste. Il se sent faible, passif; il est mené, et souvent d'une manière terrible. Il se replie sur lui-même, il se demande ce qu'il a fait pour mériter tant de misères; sa conscience morale, éveillée, excitée par les rapports domestiques et sociaux, ne tarde pas à le mettre en rapport avec la puissance irrésistible, invisible qui gouverne le monde, et qu'il conçoit par analogie avec lui-même, qu'il fait homme, en un mot.

Il connaît la vengeance ; elle a mille fois bouillonné dans son sein. Il s'avoue coupable ; il ne peut faire autrement. Une voix, qui n'est pas la sienne, à laquelle il ne commande point, mais qui lui parle du fond même

de son être, lui dit qu'il mérite châtiment ; qu'il ne relève pas seulement de la faible autorité d'un monarque, si puissant et si absolu qu'il paraisse, mais qu'il dépend par-dessus tout de ce pouvoir mystérieux, universel, tout-puissant, qui régit l'univers et qui fait de l'homme ce qu'il lui plaît.

Voilà le langage qu'il se tient à lui-même déjà lorsqu'il n'est encore que membre d'une famille ou d'une faible association civile ; lorsque la religion n'a d'autre culte que le culte personnel ou domestique, d'autre pontife que le père de famille. Mais les sociétés humaines ne vont pas loin sans les religions, je veux dire sans une religion publique, ayant ses rites, ses cérémonies, ses prêtres. Or, toute religion a nécessairement une part dans les mœurs comme dans les croyances, dans les mœurs publiques comme dans les mœurs privées. De là l'importance morale du prêtre. Mais cette importance, que pourrait-elle être si le prêtre ne se faisait l'écho de la conscience humaine, s'il tenait un autre langage que celui de l'oracle qui a établi son sanctuaire au fond de notre âme ? Le prêtre passera donc lui-même pour tenir le langage de la Divinité : il en sera inspiré ; il proclamera au nom des dieux la culpabilité dans les délits, la nécessité morale de la peine à titre d'*expiation*. De là le caractère religieux de la peine. Ce n'est plus l'homme, son besoin de vengeance qu'il s'agit de satisfaire en punissant : c'est Dieu lui-même. Et si le coupable n'est ôté du milieu de la société, celle-ci tout entière devient, pour ainsi dire, son complice ; elle encourt la colère du ciel, car c'est le ciel qui veut le châtiment ; il le veut plus forte-

ment que l'offensé lui même, que la société ; il ne pardonne point, ou, s'il le fait, ce n'est qu'exceptionnellement et par des signes visibles. Pour le fléchir, il faut du sang, des victimes ; et ses prêtres seuls ont le secret de l'apaiser quand il peut être apaisé. De là l'intervention et l'influence du sacerdoce dans les institutions pénales. Et comme les dieux ne se contentent pas de peu, comme ce sont eux qui ont été les principaux offensés dans tout délit, la pénalité prend alors un caractère de sévérité sombre, mystérieuse et terrible. Le coupable est voué aux dieux ; c'est une victime obligée : *Sacer esto*. Cette pénalité est faite pour épouvanter le criminel le plus résolu. C'est ainsi que la religion, en intervenant dans les affaires humaines, prend sous sa protection la justice et le droit. Ses excès mêmes ont une sorte d'utilité publique, car ici elle n'est terrible que pour le méchant; l'homme de bien est appelé à recueillir certains avantages des rigueurs mêmes d'une pénalité qui participe de l'infinité de l'être regardé comme principe de la justice. Mais ces avantages ne sont purs qu'autant que la pénalité ne sort pas du domaine du droit strict.

III. En effet, comme il n'y a de véritablement utile que le vrai ; comme des idées et des sentiments qui respirent une férocité fanatique corrompent les âmes en les portant à cet unisson de cruauté ; comme le prêtre lui-même tend à pervertir le sentiment religieux, à dénaturer la notion de la justice criminelle, soit en édictant des peines qu'il croit d'autant plus propres à apaiser le courroux du ciel qu'elles sont plus terribles, soit en substituant aux peines de vaines cé-

rémonies expiatoires qu'il est seul propre à pratiquer, dont il a seul le secret, et qui rendent son ministère aussi précieux que nécessaire ; comme aussi la raison, en se développant, dut s'apercevoir que la justice pénale doit être envisagée d'homme à homme, sauf à laisser à la Divinité le soin de l'exercer à son gré ; comme, enfin, la justice pénale ainsi considérée prend un aspect plus net, fini, et qu'elle doit avoir des règles déterminées : une base nouvelle fut donnée au droit de punir ; on détermina la nature et la mesure de la peine sur la nature et la mesure du délit. De là le *talion*.

Le progrès était immense : la peine était circonscrite ; elle ne dépendait plus de l'arbitraire ; elle n'était plus laissée à l'insatiabilité de la vengeance personnelle, au caprice de la vindicte publique, au fanatisme religieux ou à la discrétion d'un sacerdoce susperstitieux et intéressé à se rendre nécessaire : elle prit des proportions humaines, elle se fonda ou crut se fonder sur le grand principe de l'équité ; elle le proclama du moins, et par conséquent le livra aux méditations des philosophes et des législateurs.

Toutefois on s'aperçut, avec le temps, que le talion n'était pas d'une application aussi facile ni aussi juste qu'il avait semblé d'abord. Des objections très sérieuses s'élevèrent contre cette base de la pénalité. Sans doute, il n'y a rien que de juste à faire souffrir à quelqu'un le même mal qu'il a voulu faire endurer à autrui. Mais quel est le degré de cette volonté, quels en sont les motifs ? est-elle vraiment éclairée, vraiment libre ? Est-il toujours possible, d'ailleurs, de rendre le même mal ? Comment déshonorer celui qui est perdu dans

l'opinion publique? Comment priver le voleur de biens qu'il n'a pas? Comment, sous prétexte de venger la morale publique outragée, imposer des peines que cette même morale réprouve? Le riche sera-t-il aussi puni que le serait le pauvre, souffrira-t-il dans ses biens une perte aussi grande que celle par lui occasionnée au pauvre, s'il n'est pas puni en raison de sa fortune plutôt qu'en raison du dommage qu'il a porté? Les mauvais traitements que fait endurer l'homme dur et grossier à une personne délicate seront-ils suffisamment punis par des traitements identiques? Le borgne qui crève un œil à quelqu'un qui en a deux serait-il condamné à perdre le seul qui lui reste? On sentit ces difficultés et beaucoup d'autres, ce qui fi apporter deux modifications profondes au principe du talion. Il fut reconnu que l'égalité absolue ne serait souvent qu'une inégalité profonde, et qu'indépendamment des circonstances qui donnent au délit plus ou moins de gravité, il fallait aussi admettre dans le talion une similitude d'*analogie* plutôt qu'une similitude réelle, et une égalité *proportionnelle* plutôt qu'une égalité absolue. Voilà donc le talion modifié quant à la nature et au degré de la peine. Il devient presque méconnaissable. Ce qu'on en retient, surtout à l'égard de l'analogie, rend le principe souvent pernicieux. C'est ainsi, par exemple, qu'une sorte d'analogie conduisit à couper la main au voleur, à défigurer la femme dont la beauté et les charmes avaient été pour elle une occasion de chute [1].

[1] Malgré cette sévérité, cependant, le principe du talion préserve en-

IV. Jusqu'ici l'individu, la société, le prêtre lui-même ont frappé le coupable dans un intérêt privé, public, religieux, mais sans se préoccuper encore de son amendement; c'est toujours de la vengeance et un peu de justice déjà, mais de la moralité, pas encore. Eh bien! elle sera suggérée d'abord par l'intérêt social : on comprendra que si le délit n'est pas assez grave pour mériter la mort, le bannissement ou la détention perpétuelle, il importe que le coupable ne rentre dans la société qu'avec des dispositions différentes de celles qui l'en ont fait momentanément retrancher, ou qui l'ont dû faire repentir de l'abus de sa liberté. On essaiera donc de le *corriger* par la peine, moins d'abord pour le rendre meilleur que pour le rendre moins dangereux. Mais la religion, qui porte ses vues plus haut et plus loin, travaille, de concert avec la société civile, dans un but tout à la fois plus désintéressé et bien plus important pour le condamné : elle voudra son amélioration, son changement, et mettra la peine à profit pour l'obtenir. Elle voudra le bien moral du coupable, tandis que la société ne veut encore que sa propre sécurité. Et comme c'est là maintenant tout son vœu, elle ne se livrera plus à la vengeance pour le plaisir de la vengeance; elle ne voudra plus la peine pour la satisfaction

core ici d'un certain excès. Mieux vaut perdre la main ou le nez et les yeux que la vie. Or, une ordonnance de Frédéric II prononçait la peine de mort pour vol d'une valeur de cinq sous. Charles-Quint maintint cette disposition. Sous Louis XI, une femme fut enterrée vive pour un vol. L'adultère, comme on sait, fut souvent puni de mort. — Voir, pour l'histoire de la législation sur cette matière, ALEXANDRI AB ALEXANDRO *Geniales dies*, IV, 1; TIRAQUEAU, *Leges connub.*, 13; BODIN, *Républ.*, I.

d'établir une sorte d'équation ou de proportion mathématique. Il faudra que la peine lui soit utile, autrement elle y renoncera.

L'*utilité* est donc le quatrième degré de perfection que le législateur recherche dans la peine. Arrivé là, il conçoit d'abord la peine sous le point de vue que je viens de signaler, c'est-à-dire comme garantie contre la récidive. Mais il ne tarde pas à s'apercevoir que ce qui peut profiter au coupable peut n'être pas sans utilité encore à l'égard de ceux qui seraient tentés de l'imiter. De là la publicité donnée au jugement, et surtout à la peine ; de là l'*exemplarité*.

Sans doute il faut qu'une peine soit nécessaire à la société, qu'on puisse tout au moins la présumer utile, pour qu'on soit raisonnablement disposé à l'infliger. Sans doute le principe de l'utilité est bien supérieur aux précédents. Mais qu'on y prenne garde : si la peine n'avait pas d'autre base ni d'autre règle, il ne s'ensuivrait pas seulement qu'on ne sévirait qu'autant qu'on s'y croirait intéressé, mais qu'on punirait toutes les fois qu'on croirait avoir quelque profit public à retirer de la peine, et qu'on ne verrait d'autre mesure dans la peine même que le succès moral qu'on attend de l'exemplarité. De telle sorte que les peines ne seraient censées suffisamment exemplaires qu'autant qu'elles seraient assez effrayantes pour contenir tous ceux qui seraient tentés de manquer à la justice. Il faudrait donc dans ce système, la logique aidant, élever les peines indéfiniment, les porter toujours au-dessus du niveau du crime, en augmenter incessamment la sévérité, jusqu'à ce qu'enfin pas un seul homme sain d'esprit ne

fut tenté de les encourir. Les lois de Dracon ne seraient donc pas à la hauteur du système : avec la mort, il faudrait des supplices. Ce ne serait pas assez, et l'homme disposât-il de l'enfer, l'enfer ne suffirait pas.

Voilà donc où aboutit le système de l'utilité : il y aboutit, disons-le, non par la logique seulement, mais par la force naturelle des choses ; car c'est le système qui nous valu la législation pénale des temps modernes jusqu'à la grande réforme du XVIIIe siècle, législation repoussante de cruauté et de barbarie réduites en système.

V. Le tout n'est donc pas qu'une pénalité soit utile, il faut encore qu'elle soit juste; il y a plus, elle ne peut être utile, moralement répressive, qu'à la condition d'être juste. Il n'y a pas plus d'utilité en dehors de la justice qu'en dehors de la vérité. D'ailleurs, la justice dans les lois, c'est encore la vérité. Des lois pénales injustes révoltent par leur sévérité, exaltent à l'égal d'un péril imminent les imaginations des hommes passionnés, leur inspirent une sorte de frénésie et de rage, étouffent encore la sensibilité, constituent la société en état de guerre d'extermination avec ses membres coupables, les poussent au désespoir et tendent à rendre chez tous les mœurs audacieuses et cruelles; ou bien, au contraire, elles brisent le ressort moral des caractères, avilissent les hommes, les rendent hypocrites, faux et lâches; ou bien, enfin, ces lois, en lutte avec les mœurs et les instincts moraux des peuples, sont détestées, méprisées, impuissantes : ce qui revient à un état social

sans lois, plus l'habitude et le scandale du mépris de celles qui existent.

La *justice*, tel est donc le cinquième progrès que les législations pénales doivent atteindre. Mais en quoi consiste cette justice? Disons-le encore une fois, la justice n'a pas d'autre condition en matière criminelle qu'en matière civile; cette condition consiste là, comme ici, dans une réciprocité parfaite. Il est vrai que cette perfection est difficile à indiquer dans la loi, et difficile à réaliser dans l'application. Mais c'est là pourtant le but commun du législateur et du juge. Le premier ne pouvant donner que des règles générales, devant par conséquent rester dans les régions de l'abstrait, ne peut que tracer au juge la marche à suivre. Celui-ci opère sur le concret, sur la réalité vivante. Seul il peut tenir compte de tout, et approprier sa sentence au degré présumable de culpabilité. En toutes choses, dira-t-on, la perfection est un idéal. J'en conviens; mais en toutes choses, il faut un idéal; partout il faut y tendre, sûr qu'on est cependant de n'y pas arriver souvent. Mais de ce qu'on ne peut réaliser la perfection, ce n'est assurément pas une raison pour ne pas éviter avec un soin scrupuleux les plus grandes imperfections, celles auxquelles il nous est donné d'échapper.

VI. Hâtons-nous de dire, toutefois, que si la justice absolue doit nous servir de barrière dans la loi pénale, c'est uniquement dans un sens : elle n'est destinée qu'à nous préserver des excès; elle a une vertu plutôt négative que positive. C'est encore là ce qu'il importe de comprendre. L'homme n'a pas mission de faire

régner la justice absolue; il ne le pourrait pas, alors même qu'il le voudrait; ses balances n'ont pas assez de précision, sa main n'est pas assez sûre, son jugement est trop imparfait, et ses investigations surtout trop impuissantes. Mais tout borné qu'il est, sa nature morale est une nature d'équité, de justice; c'est aussi une nature sympathique, ou accessible à la pitié et à la miséricorde; c'est encore une nature positivement bienfaisante, ou qui ne se contente point de s'abstenir du mal et de compâtir passivement à celui qu'endurent ses semblables. Si c'est là sa nature morale tout entière, il est bon, il est juste que tous les éléments qui la constituent aient leur place dans un système vraiment humain de législation pénale. Or, jusqu'ici nous y avons vu apparaître successivement une passion hostile et antipathique, la vengeance, puis l'intérêt, puis la froide et négative justice. Il nous faut donc aussi la *sympathie*, ou l'intérêt du coupable. Celui de l'offensé, celui de la Divinité, celui de la société, celui de la justice enfin, tous ont eu leur part d'influence. Mais il en reste un qui a aussi une sorte de droit, celui du coupable. C'est à la sympathie de le faire valoir, et à la raison de lui signaler sa place et son importance dans la loi pénale.

Aujourd'hui cet élément, que l'esprit chrétien n'a pas peu contribué à développer, et dont la cause n'a jamais été plus chaleureusement plaidée que de notre temps; aujourd'hui que le christianisme, quoi qu'on en dise, se montre d'autant plus puissant, d'autant plus salutaire dans ses effets qu'il est plus pur de toute

violence, que la raison est plus libre dans ses allures avec lui, plus libre par conséquent de l'embrasser avec amour et reconnaissance, ou d'attendre à côté de lui ses inspirations, de suivre tranquillement ses œuvres, d'étudier froidement son esprit; aujourd'hui, disons-nous, que la nature morale et religieuse de l'homme se développe librement en tout sens chez les premières nations du monde, l'intérêt du coupable a été pris en si haute considération, qu'il menace d'avoir, comme l'ont eu tous les autres éléments, une prépondérance très prononcée, presque exclusive. Le système pénitentiaire en est une expression frappante. Le régime qu'on y suit, l'esprit de l'institution, tout respire la pitié plutôt que la colère ou la froide équité. La morale, la bienfaisance semblent avoir envahi déjà une part de la place réservée à la justice. D'ailleurs, le système de la justice absolue n'a jamais eu grand succès; son triomphe n'a été complet que dans l'esprit de quelques philosophes d'une nation voisine, et ce triomphe systématique, d'ailleurs contrebalancé chez la même nation par le système de l'intimidation ou de l'utilité, par des institutions anciennes et profondément identifiées avec les mœurs publiques, n'a exercé sur la législation qu'une influence fort restreinte. Il n'en est pas de même du système pénitentiaire et de l'esprit qui l'inspire : il n'est plus à l'état de spéculation pure; il est entré dans la réalité pratique de la vie de plusieurs nations; il s'y maintient, s'y étend, s'y perfectionne; il fait l'ambition d'un grand nombre de celles qui ne le possèdent pas encore. Partout où la moralité, la dignité, le bonheur et la vie de l'homme individuel

ont un haut prix, le système pénitentiaire doit pénétrer et se naturaliser.

Prenons garde, toutefois, d'accorder trop au sentiment que cette institution représente : d'une part, c'est énerver la peine, encourager les méchants, nuire aux gens de biens [1], que de l'adoucir outre mesure ; il y aurait de l'inhumanité dans cette excessive humanité. La sympathie ne doit pas aller jusqu'à la faiblesse, si elle ne veut pas être en contradiction avec elle-même. D'un autre côté, l'intérêt moral doit aussi avoir sa mesure. Si la société n'a pas mission de faire régner la justice absolue, elle est peut-être moins destinée encore à faire régner la moralité absolue. Elle a plus besoin de justice que de bienfaisance ; elle n'a même rien à demander à ses membres qui dépasse la stricte équité. Le pouvoir social n'est donc pas tenu à garantir davantage.

Remarquons, en outre, que si la peine n'est envisagée que comme un régime moral destiné à faire recouvrer au coupable la santé de l'âme, il faudra reconnaître ces trois conséquences désastreuses : 1° celui qui se trouverait guéri avant d'avoir pris le remède devrait être dispensé de subir ce régime curatif ; 2° celui qui semblerait avoir recouvré le sens et la volonté du bien ne devrait pas être soumis plus longtemps à un traitement désormais inutile, et qui pourrait devenir dangereux, car les remèdes sont malsains dans l'état de santé ; 3° celui, enfin, qui se montrerait incorrigible à tous les moyens ordinaires, devrait être

[1] *Bonis nocet qui manis parcet.* (PUBL. SYR.)

ou abandonné comme un malade désespéré, ou traité par les moyens héroïques. Or, ces moyens pourraient dépasser ceux que la justice autorise, et l'on peut par ce côté, comme par celui de l'utilité publique tirée de l'exemplarité, tomber dans les excès de la barbarie et de l'atrocité. On arrive donc aussi à l'absurde, à l'injustice, en ne partant que de l'intérêt moral du coupable. Ici encore la justice doit servir de barrière.

VII. Que conclure autre chose de tout cela, sinon que les systèmes absolus, quoique moins mauvais les uns que les autres, ne produisent tous leurs bons effets, sans qu'on ait à redouter leurs excès, qu'autant qu'ils se combinent et se limitent mutuellement ?

Le septième et dernier pas dans la voie du perfectionnement serait donc un système pénal *complexe*, qui aurait l'intérêt public pour mobile, la mesure de cet intérêt pour règle, la justice pour barrière, l'amélioration du coupable dans son intérêt *propre* pour but accessoire ou de charité, car déjà son amélioration est comprise dans l'intérêt social.

De cette manière, la société ne punit pas quand elle n'a pas d'intérêt à le faire ; elle ne punit que dans la mesure de cet intérêt; elle s'arrête même devant la justice sociale, si cette justice exige, malgré l'apparence d'un intérêt contraire, ou qu'il n'y ait pas de peine, ou que la peine ne dépasse pas telles limites. De cette manière encore, la société veut bien l'amélioration morale, mais elle ne la recherche par les voies pénales qu'indirectement, c'est-à-dire qu'elle laisse au coupable le droit d'être pervers en ce qui ne touche point immédiatement la justice sociale ; qu'elle ne lui de-

mande pas même le sentiment du respect des droits d'autrui, mais uniquement ce respect en action, c'est-à-dire l'abstention réelle; qu'elle ne dépasse pas, pour l'obtenir, et moins encore pour obtenir le surplus, la limite assignée par la justice tant dans le choix de la peine que dans le degré de cette peine.

Ce système est dans les besoins du temps; il est en germe dans plus d'une intelligence; déjà même la formule en a été essayée avant nous, mais nous croyons avoir mis plus de netteté dans celle qui précède.

§ II

Du progrès des idées relativement au droit de punir et à la puissance qui en est dépositaire.

SOMMAIRE

1. Doute élevé dans les temps modernes sur le droit de punir. — Signification et valeur de ce doute.
2. Dans quel cas l'individu a droit de punir. — Ce droit appartient, en société, à l'autorité commune.
3. Le peuple pourrait exercer ce droit. — Inconvénients. — Jugements de zèle.

I. L'humanité a commencé par punir. Ce n'est que bien plus tard qu'elle s'est demandé si elle avait le droit de le faire. Ce doute est un progrès non-seulement parce qu'il témoigne d'une réflexion nouvelle, d'un degré de plus dans la pensée, mais encore parce qu'il est fondé, en ce sens que l'homme n'a réellement pas mission de punir pour punir; il n'est pas le régulateur du monde : ce soin, ce droit appartiennent

à l'auteur des choses, qui seul a lumières et puissance propres à faire régner l'ordre moral, comme l'ordre physique.

Mais si l'homme n'a pas la mission de veiller au maintien de l'ordre moral absolu, il a celle d'y tenir la main relativement à lui, à ce qui l'intéresse ; il a droit et devoir de se conserver, et ceux qui lui ont contesté le droit de punir ne lui ont pas dénié celui de se défendre. Mais la défense n'est pas la peine, et l'homme a aussi le droit comme le pouvoir de se prémunir contre des attaques possibles en punissant des attaques réelles, mais dans les limites de la justice. Il n'est pas obligé de punir; s'il le fait, il est obligé de se renfermer dans un cercle qu'il n'a pas lui-même tracé, mais que la raison lui fait connaître.

II. Quant au pouvoir dépositaire du droit de punir, c'est l'individu offensé lui-même, s'il n'a point de supérieur qui lui soit commun [1] avec celui qui l'offense, et auquel il puisse demander justice. Cette opinion a été combattue, je le sais; mais je ne discute plus, j'affirme les résultats des discussions précédentes.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'offensé et l'offensant sont soumis à une autorité commune, cette autorité a nécessairement reçu la mission explicite ou implicite de maintenir l'ordre, et par conséquent de le rétablir s'il vient à être troublé. C'est d'ailleurs l'intérêt de tous : l'offensé peut manquer de la force suffisante pour punir, et l'offensant lui-même a besoin de

[1] Soit dit avec les réserves nécessaires sur les questions de droit international.

la garantie qu'il ne sera pas traité au delà de son démérite.

La justice pénale veut donc être exercée par une main impartiale et forte ; or, cette main, c'est celle du souverain.

Le peuple réuni pourrait sans doute exercer ce droit, mais son jugement serait vraisemblablement moins sûr. D'ailleurs, s'il procédait par ordre de l'autorité, il la représenterait, il formerait un immense tribunal. S'il procédait, au contraire, de son chef, sa sentence ne serait que le fruit de la passion et de l'émeute. Les *jugements de zèle* [1] et les exécutions qui les suivent ne sont donc que de vrais tumultes, où la justice a beaucoup à perdre. Cette manière d'instruire un procès criminel et d'en exécuter la sentence peut être plus sûre que celle qui résulte de la vengeance personnelle ou domestique; elle peut caractériser le premier degré de la vie sociale ; mais à coup sûr, elle n'appartient pas au second. Elle n'est pas compatible avec une autorité publique constituée ; elle n'est régulière que dans une agglomération d'hommes, mais nullement dans une société véritable, où il y a un chef et des subordonnés.

[1] On les croyait fondés sur le *Deutéronome*, XIII, 1-9; et les *Nombres*, XXV, 1-13.

§ III

Du mouvement progressif des idées quant aux qualités et aux degrés de la peine.

SOMMAIRE

1. Conditions de l'efficacité et de la justice des peines. — Différence entre ces deux choses.
2. Une justice pénale pour tous. — Fausses distinctions.
3. Arbitraire, erreur dans les bases du choix des peines et dans leur gradation. — Atroces bizarreries des lois de majesté et autres lois politiques.
4. Mesure successive des peines. — Echelle mobile. — Catégories de délits et de peines. — Fixation des degrés extrêmes de la peine.
5. Fâcheuse influence des dénominations. — Conséquences.
6. Résumé de la question.

I. Pour que les peines soient efficaces et justes en même temps, plusieurs conditions sont requises. Et d'abord l'efficacité s'obtient par la justice, mais non réciproquement. Longtemps, toutefois, on a cru ou semblé croire qu'une peine était suffisamment juste dès qu'elle était efficace ou qu'elle paraissait l'être. C'est l'erreur capitale du système de l'intimidation.

Une peine est difficilement juste si elle manque d'analogie, de proportion, de divisibilité, et si elle n'est pas susceptible d'être comparée avec d'autres peines. Si elle est irrévocable, elle peut être juste encore ; mais la grande affaire, c'est qu'elle ne soit alors appliquée que dans les cas où la culpabilité est de la dernière évidence. Mais elle est essentiellement injuste lorsque son degré est en raison inverse de la culpabilité : c'est

ce qui arrive quand elle est plus sévère pour le peuple que pour l'homme dont la naissance, l'éducation et la fortune ont dû être un frein d'autant plus puissant qu'il était ou devait être plus fortifié par la crainte de l'opinion publique. Tout homme élevé qui descend au niveau du crime tombe nécessairement plus bas que le criminel vulgaire; sa dégradation est d'autant plus incontestable que ses motifs ont été plus vils.

Et cependant cette inégalité dans la distribution de la justice pénale a laissé des traces dans toute l'histoire. Pouvait-il en être différemment avec l'institution de l'esclavage antique, du servage et des priviléges modernes ? Quelle destinée terrible ne pourrait pas être réservée à un peuple où la vie de l'homme le plus inoffensif et le plus utile pouvait être impunément ravie, sous prétexte que l'assassin était d'une condition supérieure ! Une loi de Pologne mettait à couvert de toute poursuite un gentilhomme qui tuait un paysan; il en était quitte pour déposer un ducat sur le corps de sa victime [1]. Une société qui en est là n'est-elle pas une société jugée ?

II. Tant qu'on n'a eu égard qu'a l'utilité dans la peine, c'est-à-dire à l'exemplarité, elle a dû manquer de la double proportion qui en constitue la justice tant absolue que relative. Une peine a dû être souvent sans rapport soit avec le délit qu'elle frappait, soit avec les autres peines. On la réglait sur l'intérêt qu'on attachait au droit dont elle était la sanction, sur le degré de la tentation qu'on supposait à le violer, et sur le

[1] SIDNEY, *du Gouvernement*, ch. 3, sect. 10.

nombre probable de ceux qui pouvaient y succomber. C'est ce qui explique comment un homme pouvait être pendu pour avoir tué un pigeon dans un endroit plutôt que dans un autre. Si l'on suivait d'autres bases dans la détermination du degré de la peine, c'était plutôt par instinct que par principe ou par réflexion. Rien d'imparfait et d'arbitraire comme l'échelle des délits et des peines. Au lieu d'être construite au point de vue de la justice absolue, elle l'était à celui des passions et des caprices. Disons mieux, il n'y en avait pas. Quelle confusion, quel chaos, qu'une législation où c'était un crime de même ordre et de même degré, un crime de lèse-majesté, de porter une main meurtrière sur le souverain et d'aller à la selle avec un anneau marqué de son effigie [1] ! Ces lois sont celles d'un des-

[1] Il est très naturel que le crime de lèse-majesté prenne un caractère de culpabilité d'autant plus grand que le pouvoir souverain approche davantage du despotisme. Plus un pouvoir est incontesté, plus il paraît sacré à celui qui en est revêtu ; à tel point que l'orgueil humain, porté jusqu'au délire, a pu faire croire à des despotes qu'ils étaient des espèces de dieux, et qu'aucune peine n'était trop forte lorsqu'il s'agissait de réprimer les attentats contre leur personne sacrée. Chez les peuples où le pouvoir est une délégation ou une tolérance, chez ceux où le pouvoir souverain est partagé, limité, quoique héréditaire, les entreprises dont il est l'objet paraissent bien moins coupables. Un souverain qui châtie rigoureusement des conspirateurs et des rebelles a plutôt l'air d'exercer une vengeance qu'un droit reconnu. Dès que le pouvoir appartient à celui qui le prend, le tort est moins de s'en emparer que de le manquer ou de ne pas savoir le garder. Aussi les Francs connurent peu le crime de la révolte tant qu'ils conservèrent leur constitution première : les hommes libres n'appartenaient à personne ; ils pouvaient être punis comme déserteurs s'ils venaient à quitter le chef qu'ils s'étaient donné pour une expédition, mais ils n'étaient pas tenus à lui rester fidèles indéfiniment. La loi des Ripuaires prononce l'amende de 60 *solidi* et la confiscation des biens contre celui qui est infidèle au roi. Si Charlemagne décrète la peine de mort contre les Saxons révoltés, il agit en vainqueur, en despote, plutôt

pote, je le veux ; mais qu'on se rappelle celles de nos rois : jusqu'au dernier siècle, c'était, par exemple, un cas royal, une sorte de trahison, un crime de lèse-majesté au second chef enfin, que de forcer les portes d'une prison ou d'escalader les murs d'une ville en temps de guerre. Aujourd'hui même, un malheureux soldat français qui n'a pu résister au désir de revoir sa mère malade, et qui s'est par deux fois échappé pour se rendre auprès d'elle, sans du reste rien emporter qui ne fût à lui, n'est-il pas condamné à expier cet acte d'indiscipline par les travaux forcés à perpétuité [1] !

Les peines n'ont d'abord eu d'autre mesure que le degré du ressentiment de ceux qui les infligeaient.

Plus tard, dès qu'elles ont eu un certain caractère de fixité, c'est-à-dire dès que le chef ou le despote s'est fait une règle à cet égard, elles ont été graduées bien ou mal, comme chez les barbares, mais avec une inflexibilité absolue.

A une époque postérieure, et après qu'on se fut aperçu que cette fixité rigoureuse cadre mal avec les faits moraux, si nuancés, si divers, on a rendu la règle très flexible, en laissant au juge la faculté de descendre ou de monter indéfiniment l'échelle de la pénalité, au moins dans un certain ordre de faits.

Plus tard encore, c'est-à-dire depuis la réforme

qu'en chef de peuples libres. Dans une loi faite pour le reste de l'empire, ce même prince avait simplement ordonné qu'on étouffât les conspirations en séparant les conjurés. (*Capit.*, an 798 ; — *Cap.*, an 794, c. 29. — AIMOIN, lib. IV, c. 83 et 90.)

[1] V. *Journal de la morale chrétienne*, à l'occasion du compte rendu publié par le ministre de la marine sur l'état des bagnes au 1er janvier 1846.

du XVIII[e] siècle, on a senti la nécessité de circonscrire la liberté du juge sans préjudice pour le condamné. On a donc fait des catégories de délits, des espèces nominales, tels que le vol, le meurtre, etc., où l'on a conçu des degrés divers de culpabilité, mais en dehors desquels il n'y a plus ni meurtre ni vol, sans trop se préoccuper, du reste, s'il n'y avait pas encore quelque faute (*dolus malus*) digne de châtiment. Il aurait fallu changer la dénomination, passer d'un cadre de faits à un autre ; l'œuvre législative se compliquait donc. On a préféré un peu moins de vérité, de profondeur, d'exactitude et de naturel, mais un peu plus de simplicité et de clarté.

Ce parti une fois pris, rien n'était plus facile que le reste; il suffisait d'établir un maximum et un minimum. Entre ces deux points extrêmes seulement, le juge pouvait aller et venir; mais il n'avait pas le droit, le dernier juge du moins, de changer l'espèce. On lui définit le meurtre, il ne le rencontre pas dans les faits: dès lors il ne trouve point de culpabilité de cette nature; il n'en trouve point du tout, puisqu'il n'a pas qualité pour en chercher une autre. Il absout ou il renvoie à un autre juge, à un autre tribunal. C'est une lenteur et un vice, lors surtout qu'un tribunal supérieur est obligé de renvoyer à un tribunal inférieur. La faculté de sortir de la formule, de la désignation, de la catégorie, est bien plus facile dans une organisation judiciaire où les classifications des délits ne sont pas attributives de juridiction, où le juge criminel est unique, et peut connaître toute espèce de délit et à tous les degrés Alors il peut tout à son

aise se mouvoir dans l'échelle de la pénalité, depuis le plus bas degré jusqu'au plus élevé. Il peut, s'il y a lieu, correctionnaliser les crimes, ne voir dans les délits que des contraventions et réciproquement, suivant les circonstances.

Cette fâcheuse influence des dénominations a fait sagement penser à des jurisconsultes que les questions à poser au jury ne devaient point se présenter ainsi avec la raideur technique : il ne faut pas leur demander si tel fait rentre dans telle définition ; mais bien si tel fait, caractérisé en termes vulgaires et par une circonlocution qui en explique la nature, a été accompli ou ne l'a pas été.

Ce n'est pas tout pourtant, car la réponse pourrait être négative sans que la sentence d'absolution fût méritée ; il serait donc nécessaire de poser une question subsidiaire qui comprendrait le fait incriminé tel qu'il a eu lieu réellement, avec sa nature délictueuse d'un caractère quelconque, sauf à la classer ensuite.

Mais alors le juge appelé à prononcer la sentence pourrait être obligé de sortir du cadre où il avait d'abord été renfermé en apparence, et descendre au-dessous du minimum, c'est-à-dire changer complètement la nature de la peine, sans s'inquiéter de la dénomination primitive.

Telle est la situation qui lui est faite actuellement dans plusieurs législations contemporaines ; telle est l'étendue véritable de son pouvoir discrétionnaire.

En résumé :

1° Un pouvoir discrétionnaire absolu tant sur le

choix de la peine que sur son degré : état sauvage où il n'y a pas même de coutumes établies.

2° Une peine d'un degré invariablement déterminé pour tel délit prévu avec plus ou moins de précision, mais auquel il fallait absolument adapter le fait qui s'en rapprochait plus que d'un autre également prévu : législation des temps barbares et du moyen âge.

3° Genres des délits prévus, espèces plus négligées, sous-espèces presque abandonnées ; genres et espèces des peines seulement indiquées au juge, en lui laissant le soin d'en former l'échelle entière : législation des temps modernes. La jurisprudence se fait des règles, des usages d'après le droit romain, le droit canonique et ses propres inspirations. Mais elle participe encore de la législation barbare en ce qu'elle applique un grand nombre de peines indivisibles, le feu, la potence, la roue, la décollation, en un mot le dernier supplice sous toutes ses formes, la mutilation enfin, à des délits qu'elle prend plutôt sous leur aspect matériel où objectif que sous leur aspect moral ou formel. La raideur de la simplicité, son inexactitude d'abstraction se retrouvent encore ici, mais avec des peines plus terribles.

4° Une classe de peines indiquées pour une classe de délits, mais avec ces deux différences : 1° que ces genres sont déterminés plus naturellement ; 2° qu'un maximum et un minimum limitent plus généralement le pouvoir du juge.

5° Enfin la faculté est accordée au juge de s'attacher plus aux faits qu'aux dénominations, plus à l'esprit qu'à la lettre. Le législateur sent l'impuissance,

l'inutilité, le danger même de tout prévoir, de tout déterminer. Il ne donne plus ses catégories que comme des cadres élastiques que le juge est appelé à remplir avec intelligence et conscience. Le juge peut dépasser le minimum, mais en déclassant le fait, en lui donnant une autre qualification ; mais il ne peut franchir le maximum, à moins qu'il n'y ait eu erreur grossière dans la première qualification,

Si les faits donnent au délit imputé d'autres proportions, une autre physionomie, le changement de la peine qui s'ensuit n'est donc plus une différence en degré, mais une différence en nature, malgré les similitudes qui pourraient exister entre les peines d'une espèce de délit et la peine d'une autre. Nouvelle circonstance encore qui distingue le pouvoir discrétionnaire du juge actuel de celui du juge ancien, de celui-là du moins qui n'avait pas le droit de punir arbitrairement.

§ IV

Mouvement progressif dans la variété et le choix des peines.

SOMMAIRE

1. Choix d'abord instinctif; peine généralement corporelle.
2. Peine pécuniaire ensuite. — Pas de système pénal absolument simple.
3. Peines morales en troisième lieu; — exclusion de la cité.
4. Ces trois genres de peines entendus différemment suivant les temps et les pays.
5. Différence en ce point entre les législations anciennes et les modernes.
6. Différentes couches de civilisation.
7. Du caractère de la pénalité suivant les degrés de civilisation, les peuples et les époques.
8. Le mouvement opéré dans la réforme des peines corporelles s'observe dans les peines pécuniaires.
9. Confusion de la peine et des réparations civiles dans le principe.
10. Progrès dans la pénalité morale. — Ses diversités : infamie, — mort civile.

Le premier mouvement de celui qui reçoit une offense, surtout quand cette offense est une atteinte directe à sa personne, est de faire subir à l'agent le traitement qu'on le juge mériter. Comment, d'ailleurs s'en prendre à sa chose s'il ne possède rien ? Dans le principe donc, et la spontanéité de la vengeance, et le dénùment naturel de l'homme font recourir à des peines afflictives.

Mais aussitôt que la propriété est constituée un peu largement (il n'y a pas eu de période de l'humanité où elle n'ait existé à un degré quelconque), et que

les besoins de la vie sont mieux sentis, les chances de la fortune mieux comprises, alors les biens matériels sont mis au-dessus de tout. On se venge en les détruisant, on punit en obligeant à les abandonner. Cette sorte de vengeance a sa douceur encore, son profit, et un profit durable surtout.

Si les peines afflictives ont été les premières en usage, les peines pécuniaires ont dû être les secondes ; mais seulement les unes conservant toujours une prédominance marquée sur les autres.

La simplicité est d'abord une nécessité pour l'homme; ce n'est que bien tard qu'elle est le produit de la réflexion et de la science. La simplicité des premiers âges, dans l'ordre moral comme dans l'ordre technique, est celle de l'impuissance ; elle exclut la diversité et l'harmonie ; elle les suppose, au contraire, dans les âges plus avancés. Il en est des institutions comme des machines : elles commencent par l'unité incomplexe ; elles continuent par une complexité plus ou moins chargée de rouages, faute de savoir économiser les moyens pour atteindre le but ; elles finissent par obtenir le résultat désiré en se simplifiant par la modification et la combinaison plus heureuse des parties qui les composent. Accroissement de puissance, économie de force, plus de rapidité dans les mouvements, variété plus considérable dans les résultats : tel est le fruit d'une simplicité qui consiste dans l'unité combinée des parties d'un organisme physique ou moral.

Or, point de science au début ; rien que des essais résultant de faibles combinaisons. La synthèse est

simple alors, parce qu'elle commence et que l'esprit est faible. C'est l'esprit humain d'abord, et cet esprit sans culture, sans exercice, sans instruments propres à l'aider, sans méthode.

Son premier progrès peut donc fort bien consister à passer d'un ordre d'idées simples à un autre, par exemple d'un système de peines purement afflictives à un système de peines presque exclusivement pécuniaires. C'est un changement, une preuve de mobilité dans les idées, mobilité sans laquelle il n'y aurait pas de changement possible, par conséquent pas de progrès.

Ce n'est pas à dire que tout changement soit un mieux absolument ; mais c'est toujours un bien cependant, puisque c'est une tentative nouvelle, un essai, une découverte. C'est quelque chose de plus ici, car il est mieux que l'homme fasse payer pour lui la matière que de payer lui-même. Il se rachète ; il rachète sa main, sa tête, comme disaient les lois barbares.

Remarquons à ce sujet que l'homme, en passant d'un système de pénalité simple à un autre, n'avait pas oublié le premier ; qu'il en faisait même la base du second ; que celui-ci n'était à certains égards que la figure de celui-là ; que l'un n'excluait pas nécessairement l'autre ; qu'assez souvent même le choix était laissé au coupable ; que la peine afflictive était quelquefois cumulée avec la peine pécuniaire, et qu'un nouveau système plus parfait que le premier devait un jour sortir de ces essais.

Un esprit théorique se serait élevé d'un seul coup

aux principes mêmes de la diversité des peines : il aurait déterminé d'abord les différentes manières d'affecter la sensibilité humaine ; au besoin, les espèces diverses de lésions auxquelles nous nous trouvons exposés de la part de nos semblables lui auraient instantanément ouvert toutes les issues par lesquelles nous pouvons porter la souffrance, et avec la souffrance, la peine, dans l'âme de l'homme. Mais on n'a d'abord été frappé que de l'issue la plus large : c'était la sensibilité physique qui donnait d'abord le plus de prise ; c'était ensuite une sensibilité morale résultant de l'attachement aux choses, comme condition de l'existence et du bien-être.

Plus tard, une autre espèce de sensibilité morale se trouvant très développée, fournit au législateur une nouvelle prise sur l'âme du coupable. Quand les droits de la famille et ceux de la cité eurent pris de l'extension, et que le rôle de chacun y fut devenu plus important, plus avantageux, plus cher et plus ambitionné, alors on put songer à la création d'un nouvel ordre de peines, les peines morales proprement dites ou peines infamantes. Mais ce troisième ordre de peines laisse subsister les deux précédentes, parce qu'il est d'une destination plus restreinte, et qu'il ne s'est généralement offert qu'à une époque de civilisation avancée.

Ne nous y trompons pas cependant : il se retrouve en germe chez certaines peuplades à demi sauvages, où la peine la plus sévère consiste à être banni de la tribu. Chez les Grecs et chez les Romains, comme pour tous les hommes qui ont une patrie et qui l'aiment, le bannissement, l'interdiction du feu et de l'eau

étaient une grande peine. Mais cette espèce de peine, la privation complète de la cité, entraîne trop de pertes matérielles pour qu'elle ne soit pas plutôt regardée comme une peine physique que comme une peine morale par les peuples peu civilisés. Dans nos sociétés modernes, au contraire, on y voit plutôt une peine morale qu'une peine physique : aussi n'est-elle souvent que l'accessoire d'autres peines.

Si nous revenons maintenant aux trois ordres de peines dont nous savons l'origine, nous trouverons qu'ils ont été entendus très différemment suivant les temps.

Les peines corporelles ont d'abord été décernées sous l'influence du talion. Mais à cette époque même, un grand nombre de délits sont punis beaucoup plus sévèrement que ce principe ne le comporte : la peine de mort est prodiguée; la mutilation est très fréquente, les supplices ordinaires. On se venge encore, on ne cesse de se venger.

Trois grandes différences distinguent donc à cet égard les législations modernes des anciennes : une plus grande sobriété dans les peines afflictives, une proportion bien plus juste entre les délits et les peines, plus aucun caractère de vengeance. Mais, disons-le, ces trois avantages n'appartiennent pas au même degré à toutes les législations criminelles de notre époque; il en est, même en Europe, même aux portes de la France, qui sont plus dignes du moyen âge que du XIXe siècle. Il a sans doute été un temps où tous les hommes étaient dans l'ignorance; mais les progrès des uns n'ont pas entraîné les progrès de tous. A une

époque quelconque de la civilisation se retrouvent donc encore des barbares et des sauvages. Un jour, nous aimons à le penser, tous les habitants du globe jouiront des bienfaits de la civilisation ; mais nous sommes encore loin de ce jour fortuné.

La civilisation présente donc jusqu'ici différentes couches; les plus élevées n'ont pas fait disparaître les plus basses en se les assimilant. On peut donc, en changeant de théâtre d'observation, retrouver vivants tous les temps qui ont précédé notre temps. Les sauvages et les barbares d'aujourd'hui reproduisent les barbares et les sauvages d'autrefois. Etudions donc le passé dans le présent.

On penserait facilement, alors même que l'expérience n'en donnerait pas la preuve, que les sauvages ont aussi leurs recherches cruelles dans la peine : la vengeance, qui est leur passion la plus vive, les rend inventifs dans l'art de la douleur.

Toutefois, il est naturel que les barbares, et parmi eux les plus ardents, les plus passionnés, ceux de l'Orient, les aient surpassés en cruautés. Tous les genres de supplices semblent avoir été imaginés par le génie du mal dans les contrées où la civilisation grecque a pris naissance, en Egypte, en Syrie, en Perse, dans l'Inde.

La Grèce, beaucoup plus ingénieuse, mais d'un génie moins sombre, moins mystique, plus fini, si je puis ainsi dire, fut beaucoup moins cruelle. La Chine, avec son esprit positif, semble avoir été préservée de cette fureur légale. Je ne parle ni des Scythes, ni des Germains, ni des Slaves ; ils appartiennent au Nord

plus qu'à l'Orient, et l'imagination du mal, l'affreuse passion de le faire endurer, ne semblent pas y avoir la même intensité.

Les Romains furent encore plus modérés dans leurs peines que les Grecs; ils se flattent avec raison de cet avantage, ce qui prouve assez qu'ils le recherchaient, et que la douceur relative de leurs lois pénales était chez eux un effet de la réflexion, de la sagesse de leur esprit, plutôt qu'une affaire de tempérament.

Si les Germains et les autres barbares furent plus cruels que les Romains, il faut reconnaître que la faculté de racheter aussi largement toute peine, provînt-elle d'un autre sentiment que de celui de l'humanité, fut néanmoins un progrès matériel. C'était quelque chose de pouvoir racheter sa tête avec une portion de son troupeau [1] Si c'était vendre le sang humain, manquer à la dignité de l'homme, tomber un peu bas, ce n'était pas du moins férocité; et la chute ne fut pas si forte qu'on ne pût se relever.

Le moyen âge, en faisant renaître la servitude sous une autre forme, mais en la mitigeant néanmoins, dut ramener un certain mépris de l'humanité et des lois plus dures. Cependant le christianisme, aidé du droit romain, finit généralement par les adoucir. La renaissance des lettres grecques vint donner un nouvel essor à la pensée chrétienne; la philosophie, celle du XIVe et du XVe siècle surtout, souleva déjà de grands problèmes : la pensée s'enhardit, l'esprit de-

[1] « Luitur homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus. » (TACIT., *de Moreb. germ.*)

vint plus fort. La réforme du XVIe siècle lui imprima un mouvement bien autrement puissant. La réflexion philosophique était à la veille de jouir de toute son indépendance. Descartes et son école l'affranchirent des liens de la scolastique, et préparèrent la liberté de penser, qui fit la force du siècle suivant.

La marche est donc incessante; elle est progressive. Le moyen âge, avec ses invasions barbares, ses ténèbres et sa féodalité, a sans doute jeté quelque trouble dans le passage de la civilisation romaine à la civilisation moderne; mais ce trouble n'a pas empêché l'esprit philosophique et chrétien de marcher et de se faire jour. L'époque de nos guerres religieuses et civiles est marquée par une recrudescence de sévérité dans les peines afflictives[1]; une agitation salutaire des esprits produit en même temps ce besoin de discussion et d'examen qui, plus tard, n'épargnera rien de tout ce qui mérite de succomber. C'est ainsi que le principe du mal peut devenir le principe du bien.

Ce n'est cependant qu'au XVIIIe siècle que la guerre devait être ouvertement déclarée à la législation, barbare encore, que la civilisation traînait après elle comme un linceul qu'elle aurait marqué de son sang avant de sortir de son tombeau. La peine de mort, dont on avait jusque-là si fort abusé, fut attaquée jusque dans sa légitimité même. Depuis cette époque, le mouvement de réforme n'a cessé de s'opérer, et il est loin d'être accompli[2].

[1] Les ordonnances de François Ier, par exemple.

[2] Nous parlerons ailleurs de celle de la procédure criminelle.

Un mouvement analogue se remarque dans l'ordre des peines pécuniaires. Tous les commencements sont faibles, tous les progrès sont lents, dans l'ordre moral comme dans l'ordre physique. Ainsi, l'on trouve déjà chez certains sauvages la faculté de se racheter, d'apaiser par des dons celui qui a été offensé. Ce n'est pas encore la règle, il est vrai, mais c'est déjà l'exception.

Une loi remarquable qui a présidé au développement et au perfectionnement du système pénal pécuniaire, c'est que la composition a été d'abord facultative: il fallait qu'elle fut agréée par l'offensé ; il était donc libre de la repousser et de s'en tenir au premier système, celui des peines afflictives, qui était généralement le talion. La composition fut ensuite obligée, mais pas réglée encore ; ce qui occasionne de nouvelles difficultés. Le juge était donc appelé à la fixer, pour chaque cas en particulier, d'une façon un peu arbitraire. Pour échapper à cet inconvénient, la loi procéda d'une manière systématique et générale : elle régla ce qui serait dû pour chaque espèce de délit.

Celui qui se refusait à la composition ou qui se vengeait après l'avoir reçue était doublement punissable.

Si le sang doit payer le sang, et s'il y avait une sorte d'indignité et d'abus à mettre les choses partout à la place des personnes, si la peine est une sorte de sacrifice dans lequel le coupable est la victime nécessaire, il faut convenir que les six derniers siècles du moyen âge relevèrent amplement l'homme de cet état d'abjection. La victime fut beaucoup mieux choisie, trop bien peut-être.

Au surplus, les peines pécuniaires furent loin de disparaître. Il s'opéra même, et d'assez bonne heure, une distinction dans ce genre de peine, qui se retrouve en germe dans les usages de plusieurs tribus fort peu civilisées. Le roi ou chef se fait donner une partie des dommages qu'il adjuge à titre de peine. C'est le principe du *fredum* et de l'amende. Dans un état de choses plus avancé, on ne distingue point les réparations civiles de la peine : il n'y a pas alors de peines pécuniaires, à proprement parler ; mais avec la distinction de l'action publique et de l'action privée apparaît celle de l'intérêt collectif ou social et de l'intérêt individuel. Alors la peine pécuniaire, qui n'avait qu'un but dans le principe, se trouve en avoir deux. La composition dégénère en amende, et l'amende peut dégénérer en confiscation. A côté du bien se plaça le mal. Mais le bien est resté, et le mal a disparu, puisque la confiscation générale a été rayée de la législation pénale de plusieurs peuples.

La première espèce de peine infamante est celle qu'inflige spontanément l'opinion ; elle blesse l'amour-propre de celui qui la subit, lui ravit l'estime, la confiance, l'intérêt, et tend ainsi à le priver de certains avantages matériels en même temps et parce qu'elle lui enlève des avantages moraux. Ce sont particulièrement ces derniers qu'on a d'abord voulu ravir en instituant des peines infamantes; elles s'adressent particulièrement à l'honneur. Il est à présumer que les premières peines de ce genre ont été en usage parmi les guerriers; c'est surtout dans la guerre que l'esprit de rivalité s'engendre et se développe. Les hommes ont

d'abord uni leurs efforts les uns contre les autres avant de les unir contre la nature. La chose presque unique dont les sauvages soient fiers, c'est d'avoir tué un ennemi; leurs droits à la considération, aux distinctions sociales, au commandement, sont en raison du nombre de leurs succès à la guerre; ils en conservent avec soin les témoignages sanglants; ils en ornent leurs personnes, en décorent leurs cabanes, leurs monuments funèbres.

Le principe de l'honneur militaire étant les forces physiques, et surtout le courage, la première manière de punir les hommes par ce côté-là fut de les faire passer pour faibles et pour lâches, de les soumettre à des opérations qui fussent un signe de leur faiblesse physique et morale. C'est ainsi, par exemple, que la saignée se pratiquait sur le soldat romain qui avait manqué de cœur, et qu'on le faisait passer sous le joug.

Une seconde espèce de peine, suggérée par le ridicule qui s'attache aux difformités physiques ou morales, fut celle de soumettre la personne corporelle à une sorte de dégradation permanente ou passagère, suivant qu'on lui imprimait une flétrissure indélébile par la mutilation ou la marque, ou qu'on se bornait à le travestir ou à lui faire pratiquer des actes propres à attirer sur lui les risées du peuple : c'est de là que sont venus le pilori, l'authentique, l'exposition, en un mot tous les traitements ignominieux qu'on fait subir à la personne physique.

Ce n'est qu'au sein d'une société déjà passablement avancée que les droits politiques, civils et de famille peuvent être regardés comme des biens en soi, et ra-

vis pour eux-mêmes. Ce genre de peines ne peut donc venir qu'en troisième lieu dans le développement progressif des peines infamantes.

Il ne faudrait pas croire cependant que la *mort civile*, qui est, à la rigueur, la privation de tous les droits sociaux, fût un progrès dans le choix des peines infamantes. D'abord cette peine n'est pas purement morale, puisqu'elle atteint directement la fortune. Elle est, de plus, une grave inconséquence : celui qui n'aurait plus de droits civils ne pourrait pas même subsister dans une société comme étranger ; l'étranger jouit de tous les droits naturels ; le mort civilement est privé d'un certain nombre d'entre eux. C'est une manière de le bannir moins franche et moins logique que l'expulsion directe de la tribu, qu'on trouve déjà chez les sauvages, et que l'expulsion indirecte par l'interdiction du feu et de l'eau chez les Romains.

Aussi devons-nous constater que cette peine, empruntée à la loi romaine, disparaît peu à peu des législations modernes, et que la France à cet égard n'a ni l'avantage d'avoir donné l'exemple de la réforme, ni même celui de l'avoir suivi avec beaucoup d'empressement [1]. On ne saurait cependant reprocher à ses jurisconsultes d'être restés en arrière sur ce point [2].

[1] Quand j'écrivais ceci, la mort civile n'avait pas encore disparu de notre législation. Elle y est restée assez longtemps pour qu'on me pardonne de maintenir la critique que j'en faisais.

[2] Des voix nombreuses et imposantes ont solennellement réclamé l'abolition de la mort civile ; cette réforme est d'autant plus nécessaire que la mort civile laisse subsister le mariage quant au lien, tout en le privant de tous ses effets civils. (V. un excellent article de FŒLIX sur ce sujet, dans la *Rev. de droit franç. et étrang.*, juillet 1845, p. 481 et suiv.) « Dans aucun État de

Mais nous pouvons dire avec orgueil que notre pays est l'un de ceux où la dignité de l'homme est le mieux sentie et le plus respectée : de toutes les peines, autrefois si nombreuses, qui avaient pour effet moral d'avilir la nature humaine en soumettant les coupables à des traitements ignominieux, en les convertissant en objets de dérision cynique et cruelle pour la partie du peuple la plus maltraitée de la fortune et la moins formée par l'éducation, il ne reste presque plus rien. Les peines infamantes ont donc pris chez les peuples civilisés le caractère décent et sérieux qui est essentiel à toute pénalité. Ce n'est qu'à regret, avec tristesse et pitié, que l'homme doit faire souffrir son semblable. Autrement, il fait de son infortune une occasion d'amusement et de plaisir; il jouit de sa peine, commet un acte d'inhumanité et de barbarie. Rien, d'ailleurs, n'est plus propre à ôter à la peine une partie de son efficacité morale sur le patient et le public que d'y mêler un sentiment d'outrage et de raillerie.

Il est donc certain que ce troisième ordre de peines n'offre pas moins de progrès dans la manière dont il est entendu et appliqué maintenant que les deux ordres précédents.

l'Europe, dit ce savant jurisconsulte, la mort civile ne se trouve établie telle qu'elle existe en France. Parmi les pays où elle avait été introduite avec le Code civil français, la Belgique et les Pays-Bas l'ont formellement abolie. Dans les Deux-Siciles et dans le royaume de Sardaigne, elle n'a été conservée qu'avec des modifications : ainsi en Sardaigne elle n'exerce aucune influence sur le mariage du condamné. Le nouveau Code du grand-duché de Bade l'a implicitement abrogée. La Bavière est le seul des autres Etats allemands qui l'ait admise; elle y est encourue comme conséquence de la peine des fers. En Angleterre et dans le reste de l'Europe la mort civile est inconnue. »

§ V

Du progrès dans la légalité de la peine.

SOMMAIRE

Il ne suffit pas qu'une peine soit légitime ou équitable et qu'elle puisse être efficace ; il faut, de plus, qu'elle soit légale : c'est-à-dire qu'elle doit être l'expression anticipée, et notifiée à tous ceux qu'elle concerne, de la volonté du souverain. C'est cette volonté ainsi manifestée qui lui donne le caractère légal.

Dans l'enfance des sociétés, la volonté du père de famille, du chef de la peuplade, fait toute la loi ; elle n'a pas même besoin de se manifester à l'avance ou sous la forme de principe et de règle, elle ne se montre qu'autant qu'il est nécessaire. Elle n'est pas encore préventive, par la raison qu'elle ne prévoit pas. Elle n'est donc pas comminatoire, mais simplement effective.

Avec le temps, cette volonté suprême se fait des habitudes, des principes même ; il est naturel, en effet, que le même châtiment soit infligé au même délit,

On y compte : le passé devient un enseignement pour l'avenir ; un usage légal se forme ; une loi pénale se grave dans les souvenirs et dans les mœurs. Le souverain lui-même s'y trouve moralement soumis, car on ne doit souffrir que le châtiment réservé, et il n'y a de réservé que celui qui est ordinairement infligé. Tel est le second degré de la formation légale de la peine. Dans le principe, la volonté du père de famille ou du chef de la tribu, quelle qu'elle puisse être, fait la loi ; plus tard, dès que cette volonté s'est manifestée, elle fait loi encore, mais de la manière même dont elle s'est révélée. Elle devient ainsi sa propre loi.

Plus les traditions vieillissent, plus l'autorité en est grande et forte ; plus elles sont impersonnelles, plus elles sont à l'abri des changements arbitraires ; elles sont pour tous un droit acquis et une obligation à respecter ; le souverain n'en est que l'instrument, mais il a le devoir de les faire vivre, et le peuple le droit d'en attendre le maintien, l'obligation de s'y conformer.

L'écriture leur donne une nouvelle vie, une nouvelle force. Les coutumes écrites sont plus inflexibles, l'interprétation en est plus facile. Jusque-là, elles n'étaient que des usages ; maintenant elles sont de vraies lois, exposées à tous les yeux, manifestées à toutes les volontés, et dont le dépôt n'est plus intérieur seulement. Elles deviennent par là des choses extérieures pour ainsi dire ; elles prennent un corps, elles s'objectivent et se personnifient au dehors ; elles sont, enfin, une autorité, l'autorité visible dont le magistrat n'est plus que le serviteur et l'organe.

Elles acquièrent encore une nouvelle force lors-

qu'au lieu d'être un usage écrit, d'avoir une origine individuelle peut-être, et d'avoir les sympathies des peuples, elles sont, au contraire, l'expression de la raison et de la volonté de ceux qui s'y soumettent. Nous n'ignorons pas tout ce qui s'est débité à l'appui du prestige de l'impersonnalité des lois; de la sainte et mystérieuse obscurité des traditions; de l'autorité tout extérieure dont elles sont entourées; de l'impossibilité morale de se commander sérieusement à soi-même, de respecter sa propre volonté, de se faire, en un mot, des lois fortes et durables. Les partisans de cette opinion n'oublient que deux choses, mais deux choses importantes. La première, c'est que ce prestige de l'impersonnalité absolue des lois, dont l'origine est cachée dans les ténèbres du passé, n'est réellement un prestige que pour les peuples encore enfants; il cesse d'en être un pour l'esprit critique des peuples qui ont vieilli. La seconde chose non moins grave que ces critiques un peu moroses ne se rappellent pas assez, c'est que pour des peuples dont la raison est exercée, il n'y a qu'une autorité vraiment impersonnelle, celle de la raison absolue: raison qui n'est à la disposition de personne, qui est au-dessus des volontés individuelles et collectives, qui domine les temps et les lieux, qui condamne sans appel toutes les institutions en désaccord avec la nature et la destinée de l'homme, quelle qu'en puisse être l'antiquité. Or, c'est précisément cette raison souveraine, sa volonté absolue, que les peuples avancés cherchent à faire passer de plus en plus dans leurs lois. C'est elle qu'ils veulent avoir pour reine, à laquelle ils veulent obéir, et dont

ils adorent les commandements divins; car en elle ils voient plus que l'homme, plus que la raison, ils entrevoient la raison en soi, la Divinité même.

Aussi tout peuple qui commence par obéir à la volonté personnelle de ses chefs; qui fait ensuite de cette volonté une loi, un principe, un usage; qui fixe cet usage par l'écriture, ou qui se donne à lui-même des lois arbitraires dont l'autorité semble se consolider avec les siècles: tout peuple qui commence ainsi finit toujours autrement. A côté de l'esprit ancien, parallèlement au culte superstitieux dont il environne les vieilles institutions, se forme un esprit nouveau, un culte qui a pour objet une autre divinité. La jurisprudence prétorienne, l'esprit philosophique et chrétien qui vient inspirer les jurisconsultes, laisse subsister la loi des Douze-Tables, la loi des Quirites, la loi civile, en un mot; mais elle l'interprète, elle crée des exceptions, recourt à des fictions, emploie mille moyens pour l'assouplir, la paralyser ou la supplanter. En Angleterre, on fait mieux encore, on la laisse tomber en désuétude sans presque en convenir, ou, si on lui donne satisfaction en l'appliquant, on donne raison à l'esprit nouveau en n'exécutant point les sentences rendues au nom de l'ancien. Où donc est le triomphe? où est la force? où l'autorité?

§ VI

Progrès dans l'exécution de la peine

SOMMAIRE

1. Le coupable livré à l'offensé.
2. Tiédeur dans l'application de la peine par le pouvoir encore peu éclairé sur ses devoirs. — Asiles ménagés aux coupables. — Abus. — Restriction de cet abus, même de nation à nation.

Lorsque le pouvoir public est faible encore, ou qu'il ne comprend pas toute l'étendue de ses devoirs, il se borne à livrer le coupable à ceux qui le poursuivent et qui ont obtenu un jugement de condamnation. Quelquefois même il l'abandonne entièrement à leur discrétion, sans déterminer la peine qui leur est due,

Dans un temps plus avancé, lorsque le pouvoir public comprend qu'il n'est pas seulement pouvoir judiciaire, mais encore pouvoir exécutif, lorsqu'aussi l'intérêt qu'il attache à la peine n'est que médiocre, et qu'il semble n'avoir pas encore fait du droit de punir son affaire propre, mais uniquement s'acquitter de cette charge à titre de plus fort et pour la satisfaction des particuliers, son zèle à mettre ses propres sentences à exécution est plein de tiédeur, et s'il ne favorise pas lui-même l'évasion de l'accusé, comme à Athènes, il ouvre des asiles aux contumaces, aux condamnés fugitifs, quelle que puisse être l'énormité de leur crime. Ce qui se pratique aux îles Sandwich en est un exemple. C'est le droit d'asile dans son expres-

sion la plus simple, la plus absolue, mais aussi la plus abusive.

Ce droit, qui s'explique surtout dans les sociétés où le peuple est porté à se faire justice à lui-même, a été restreint dans de justes bornes lorsqu'il n'a été accordé qu'en attendant une information et une sentence régulières, et qu'il n'a servi définitivement d'abri que contre des ressentiments injustes. Tel fut son caractère dans les institutions hébraïques.

La piété peu éclairée de nos pères, en donnant plus d'extension au droit d'asile, en méconnut l'esprit véritable. Mais l'abus fit de bonne heure sentir le remède. Aujourd'hui que l'existence de ce droit est rendue inutile par la douceur de nos mœurs, par la bonne organisation et la force du pouvoir exécutif, l'abus a complètement disparu avec l'usage même.

Plus rien de semblable n'existe, si ce n'est de nation à nation [1]. Encore les gouvernements étendent-ils tous les jours le droit d'extradition.

[1] Excepté peut-être pour de ce qui est de la contrainte par corps en matière de dettes.

CHAPITRE III

Progrès des idées sur chaque grande classe de délits et sur la manière de les punir.

§ I

Des différentes manières d'envisager successivement les délits contre les personnes et de les punir.

SOMMAIRE

1. Pour l'homicide, le talion d'abord. — Vengeance du sang, devoir pour les proches.
2. Composition ensuite ; — tolérée, protégée, imposée. — Confusion de la peine et de la réparation civile.
3. Retour à une justice plus saine : réparation civile et pénalité, dans la composition même d'abord, puis en dehors de la composition.
4. Peine de mort appliquée avec plus de sobriété. — Proposition de l'abolir ; tentatives à cet égard.
5. Améliorations dans la manière de l'appliquer. — Suppression du supplice proprement dit.
6. Infanticide mieux compris de nos jours.
7. Le suicide et le duel également.
8. Les phases de la pénalité relatives à l'homicide se retrouvent, proportions gardées, dans la pénalité concernant les attentats contre les personnes.
9. Circonstances prévues et mal appréciées par les lois barbares ; — sagement abandonnées plus tard à l'appréciation des juges.
10. Sagesse relative de ces lois.

I. Homicide pour homicide, le sang pour le sang, tel est le premier cri poussé par la conscience humaine. C'est le cri de la justice lorsque l'homicide est délibéré, voulu avec réflexion ; c'est l'égalité devant la

loi que le meurtrier s'est faite. La vengeance du sang est un devoir pour les proches de celui qui a succombé.

Mais cette vengeance s'est quelquefois délectée dans les douleurs du supplice. L'égalité disparait alors, et l'injustice commence.

Les hommes, en devenant moins cruels et plus intéressés, s'aperçurent que le sang répandu pour le sang ne profite à personne, que la satisfaction de la vengeance est aussi stérile que passagère, et qu'il était possible de l'obtenir, moins vive peut-être, mais plus profitable. La composition fut donc acceptée. Les chefs des sociétés y trouvèrent un avantage public et l'encouragèrent, puis en firent une obligation [1].

Mais le sentiment de la justice et de la dignité de l'homme, en se fortifiant avec le temps, se plaça tout à la fois au-dessus de la vengeance et de l'utilité qui pouvait revenir de la peine ; on conçut nettement ce qui n'avait d'abord été que senti, et l'on revint à la justice comme à la règle véritable. Cette justice se décomposa naturellement en deux parts, la réparation civile due à ceux qui souffraient du meurtre, et la réparation à l'ordre public, représentant la justice absolue. Cette dernière semblait exiger que la vie du

[1] La preuve du peu de cas qu'on faisait alors de la vie d'un homme se trouve dans une disposition des Capitulaires : celui qui avait tué sa femme et s'était remarié en était quitte pour être privé du droit de port d'armes : *Quicumque uxore sine causa interfecta, aliam duxerit, armis depositis habeat pœnitentiam.* (Capitular., leg. 5.) Etait-ce par égard pour la seconde femme ? mais on montrait alors bien peu d'estime pour la première. Etait-ce par la considération qu'il pourrait donner de nouveaux citoyens à la patrie ? mais il faudrait d'abord protéger la vie de ceux qui existent.

meurtrier payât celle de sa victime. La peine de mort fut donc prononcée contre l'homicide volontaire.

Sans rien faire perdre à la vérité ni à la pureté de la notion du juste, et après l'avoir appliquée avec plus de scrupule à l'homicide, après avoir distingué le malheur, l'emportement et le crime dans son essence, on comprit que la justice pénale n'est pas seulement un devoir, mais quelle n'est un devoir que parce qu'elle est un droit; que par conséquent l'autorité qui inflige la peine proprement dite peut aussi la remettre si l'utilité générale et les mœurs publiques l'exigent. On se relâcha donc encore une fois du droit strict, mais avec plus de réflexion, et par des motifs nouveaux et plus dignes. La peine de mort ne fut appliquée qu'avec regret, dans les cas les plus impérieux. C'est l'état des législations modernes les plus avancées.

Il en est même qui la firent disparaître entièrement, mais le temps n'était pas venu encore d'opérer une réforme aussi radicale ; les mœurs publiques n'étaient pas encore assez douces, ni le système de pénalité assez bien organisé.

Le temps, sans doute, amènera des améliorations si désirables. D'autres progrès se sont introduits déjà dans la peine capitale. Elle n'est plus accompagnée des accessoires qui l'aggravaient, qui en faisaient un supplice. La société, usant du droit qu'elle a d'être généreuse, remet une partie de la peine que peut mériter le meurtrier par suite des circonstances de son crime. Elle ne se croit plus dans l'horrible nécessité de faire souffrir le plus possible le malheureux patient qu'elle va retrancher de son sein : non, cette solennelle

et terrible séparation lui suffit ; elle l'opère avec une simplicité, une pudeur, un calme et une dignité qui répondent suffisamment aux besoins de la morale publique.

La vraie culpabilité de l'infanticide a été beaucoup mieux comprise de nos jours qu'autrefois. Bien différente des civilisations anciennes à cet égard, qui ne voyaient dans l'enfant que la chose du père ou plutôt celle de la république, la civilisation chrétienne n'y a d'abord vu qu'un homme, et dans l'homme le chrétien ; elle a donc puni l'infanticide comme le meurtre, quelquefois même plus sévèrement. Mieux éclairée, elle a compris qu'elle n'avait point à s'occuper d'un acte religieux (le baptême) qui aurait ou n'aurait pas précédé l'infanticide ; qu'elle devait tenir compte ensuite d'une multitude de sentiments qui voilent à l'esprit d'une malheureuse mère une partie de l'étendue de son crime, et qui ne lui laissent qu'une liberté assez imparfaite. La jurisprudence, qui représente ici l'instinct de la société, est à cet égard même plus avancée et encore plus équitable, croyons-nous, que la loi même.

Deux autres genres d'homicides, le suicide et le duel, ont été réprimés diversement par les lois, mais l'un et l'autre d'abord plus sévèrement qu'aujourd'hui, et à une époque intermédiaire avec moins de sévérité, surtout le duel. Le temps n'est peut-être pas éloigné où la législation viendra corriger ces oscillations extrêmes, et imprimer une sanction pénale plus raisonnable. Déjà plus d'un peuple voisin nous en a donné l'exemple.

II. Les attentats à la personne ont d'abord été réprimés, comme tous les autres, par des peines violentes et peu mesurées.

Le talion est venu ensuite donner à ces peines une sorte de modération.

La composition, en permettant de racheter la douleur, les infirmités, apporta un nouveau tempérament à ces peines; mais la précision qu'il y mit n'avait souvent qu'une justice apparente. La perte d'un organe est bien plus grande pour l'un que pour l'autre, et ceux qui se rendent coupables de pareilles violences peuvent l'être à des degrés très divers.

Cette précision dut disparaître lorsqu'on sentit la nécessité de mettre en ligne de compte une foule de circonstances impossibles à déterminer à l'avance.

Des manquements graves à la personne furent estimés avec la même précision chez les Allemands [1]. S'il s'agissait, par exemple, d'une curiosité insolente et libertine, ils croyaient avoir assez fait en l'estimant pour ainsi dire géométriquement, ou en raison simple et directe de l'étendue du spectacle surpris.

Ce n'était pas seulement oublier la part de l'imagination, comme l'observe Montesquieu, c'était aussi oublier qu'il y a des parties plus secrètes que d'autres. La proportion aurait donc dû être composée. N'y a-t-il pas, d'ailleurs, des circonstances aggravantes suivant la condition respective de l'offensé et de l'offensant; si c'est en public ou dans un lieu secret; etc.? Ici encore la précision a été jugée par les lois modernes comme

[1] *Loi des Allem.*, ch. LVIII, § 1 et 2.

une affaire de circonstance, dont l'appréciation doit être laissée à l'arbitraire du juge.

Les mêmes observations s'appliquent aux peines à décerner contre l'injure, la diffamation, etc. Le progrès a consisté dans le choix de peines mieux appropriées à la nature du délit ; dans l'abandon fait par la loi d'une détermination aussi impossible qu'inutile de toutes les circonstances aggravantes ; dans la latitude laissée par elle au juge d'apprécier toutes ces circonstances, et de choisir dans un genre de peines indiquées le degré le plus convenable.

Il faut, du reste, admirer l'esprit de justice qui a suggéré aux lois barbares toutes ces distinctions, toutes ces nuances. Ceux qui les ont faites en avaient justement senti la nécessité ; et ce qui serait un défaut pour notre temps et notre organisation judiciaire était un mérite à cette époque. Les juges d'alors n'avaient pas les lumières des nôtres ; ils avaient besoin d'être guidés avec plus de sollicitude et de précision. On peut croire aussi qu'il aurait été plus dangereux qu'il ne le serait aujourd'hui d'abandonner à leur conscience une si large faculté dans le choix des peines ; la magistrature des peuples civilisés vaut non-seulement de sa valeur propre, mais encore de celle de l'opinion publique, qui la contrôle, la contient et l'élève. C'est encore là un des grands avantages de la publicité des débats judiciaires. Et cet avantage est naturellement proportionné aux progrès de l'instruction et de la moralité des peuples.

§ II

Progrès de la civilisation criminelle relativement aux délit à l'occasion des choses [1].

SOMMAIRE

1. Le vol n'est d'abord qu'un délit relatif.
2. L'étranger regardé dans le principe comme ennemi, — excepté s'il est suppliant.
3. Comment les peines contre le vol devinrent afflictives, capitales. — Conséquences.
4. L'insolvabilité d'abord assimilée au vol. — Conséquences. — Pitié et meilleure justice ensuite.

La propriété ne semble avoir qu'une valeur relative chez les hommes dont l'esprit est encore enveloppé dans le simple fait de la possession matérielle. Ainsi, le vol n'est punissable chez les sauvages qu'autant qu'il est commis au préjudice de l'un des membres de la tribu. Il est permis, regardé comme indifférent, ou même comme une bonne action, s'il a lieu au préjudice d'étrangers. C'est le fruit de la guerre, c'en est le droit. Longtemps les peuples civilisés n'ont pas eu beaucoup plus de scrupule dans l'état de guerre. Il n'y a d'autre différence bien tranchée, sinon que l'étranger est généralement regardé comme un ennemi par l'homme isolé ou qui, tout en vivant en société

[1] Dans ce paragraphe, comme dans les précédents, comme dans les suivants encore, je ne considère qu'une partie des résultats obtenus dans l'étude correspondante des livres antérieurs, mais la principale. C'est ainsi, par exemple, qu'il n'est ici question que du vol, tandis que nous aurions pu parler encore des dégâts, dégradations, etc.

déjà, est beaucoup plus sensible à sa faiblesse qu'à la justice et à l'humanité, tandis que l'étranger n'est plus un ennemi pour l'homme civilisé.

Toutefois, la qualité d'étranger n'emporte plus celle d'ennemi, même chez les sauvages, dès qu'elle est accompagnée de celle de suppliant. Celle-ci accuse la faiblesse, elle fait taire la peur, provoque la pitié, et donne naissance à la vertu de l'hospitalité. Mais une fois que les devoirs de cette nature sont remplis, l'esprit d'hostilité peut reparaître, et par un de ces sophismes auxquels l'entendement humain semble essentiellement exposé, l'Arabe qui a reçu le voyageur avec une certaine cordialité ne voit plus en lui qu'un ennemi dès qu'il est sorti de sa tente, et va lui-même l'attendre en brigand dans le désert[1].

Le vol fut généralement réprimé chez les anciens par des peines pécuniaires proportionnées à la valeur de l'objet dérobé. Mais comme ceux qui sont le plus portés à violer le droit de propriété sont peu favorisés de la fortune, il fallait ou les laisser impunis, ou recourir à d'autres moyens de répression. La mutilation fondée sur une sorte d'analogie fut un premier mode de pénalité ; elle appartient surtout à l'Orient. En Grèce et à Rome, la liberté se trouvait alors engagée dans une certaine mesure, ou des peines afflictives, telles que la fustigation, présentèrent une seconde ressource moins barbare que la première. L'insuffisance de ces peines fit tomber dans un extrême opposé : le voleur dut payer de sa vie encore bien qu'il eût pu désintéresser

[1] M. de Lamartine, *Voyage en Orient.*

autrement la société et les particuliers. Cette dureté des lois pénales ne fut pas un progrès, et il faut croire que les malheureux siècles de la féodalité se crurent dans la nécessité de recourir à la terreur pour remédier à l'excès de faiblesse dont le pouvoir était alors frappé. La royauté, en prenant des forces, en concentrant en elle toutes les parties du pouvoir souverain, ne devint guère plus clémente, plus juste pour les voleurs ; il fallut du temps, du calme, de la réflexion pour intéresser le législateur à une espèce de gens qu'on regardait d'autant plus généralement comme les ennemis de la société, qu'on les forçait presque à l'assassinat, en les punissant comme s'ils en avaient été coupables. Dès qu'on eut intéressé le voleur à respecter la vie de sa victime, il le fit sans se montrer beaucoup plus hostile à la propriété. Le calcul du législateur se trouva juste, et l'on comprit de plus que le nombre des délits est loin de suivre la proportion des peines destinées à les réprimer. Lorsque le vol est puni comme l'assassinat, on ne vole guère moins que lorsqu'il est puni de peines moins acerbes, mais on assassine davantage. Voilà tout le profit.

S'il est permis de regarder un débiteur insolvable comme une espèce de voleur, il faut convenir qu'à cet égard, les lois modernes sont bien plus douces et plus raisonnables que celles des anciens, que celles de Rome surtout. Et cependant la doctrine prépare un nouveau progrès sur ce point : la liberté ne répondra plus des dettes, les biens seuls en seront chargés. Cela serait juste si tous les débiteurs n'étaient que malheureux. Le législateur avisera. Nous sommes loin de

trouver la loi française trop dure à l'égard du débiteur de mauvaise foi ; nous serions plutôt disposé à la trouver indulgente; mais pourrait-elle l'être moins sans être inhumaine, ou sans rejeter sur toute la société le poids de la vengeance exercée par les particuliers ? Le problème a ses difficultés inévitables, et peut-être est-on près d'avoir opté pour le moindre des maux, position où le législateur et l'homme d'Etat se trouvent souvent réduits. Il suffit cependant de l'oublier et de n'envisager les choses que par un seul côté, ou sous un point de vue abstrait, pour que la critique semble avoir invinciblement raison.

§ III

Progrès des idées dans le châtiment des délits politiques.

SOMMAIRE

1. Deux sortes de délits politiques.
2. On s'intéresse à la chose publique en raison de ses bienfaits. — Les lésions qu'elle reçoit ne sont ressenties par les citoyens que dans la mesure de cet intérêt.
3. Différence entre les peines pour délits politiques dans les républiques et dans les monarchies absolues. — Raison de cette différence.
4. Les républiques ont eu, elles aussi, leurs susceptibilités, leurs craintes et leurs injustices.
5. Cette humeur moins dangereuse dans les républiques que dans les monarchies absolues.
6. Progrès des législations pénales en ce point.

Les délits politiques sont de deux sortes, suivant qu'ils atteignent la chose ou l'ordre public, ou qu'ils blessent le souverain et ses représentants.

Plus il y a d'esprit de nationalité chez un peuple, plus l'individu vit de la vie commune, de la vie de tous, plus aussi lui sont sensibles les lésions faites à la chose publique et au bon ordre, qui est la condition de sa durée. Mais on n'aime la cité dont on est membre qu'à proportion de ce qu'on lui doit de bien-être matériel et moral. C'est dire assez qu'on ne s'y intéresse que dans la même mesure. Les lois protectrices de la cité et du pays seront naturellement sévères, mais sans cruauté pourtant, si elles sont faites par des citoyens : l'amour de la patrie leur donnera le premier de ces caractères; la douceur des mœurs, résultat nécessaire de la prospérité publique, l'amour de ses concitoyens, leur donnera le second. La générosité est, d'ailleurs, la compagne de la force; et une société qu'anime un patriotisme général n'est guère exposée à tomber dans la cruauté envers ceux qu'égare le sentiment du malheur ou l'égoïsme.

L'histoire confirme surabondamment ces réflexions : les républiques anciennes étaient singulièrement jalouses de leur liberté; mais leurs lois pénales politiques n'ont jamais approché de la cruauté fanatique et insensée de celles des monarchies absolues de l'Orient ou de la Rome impériale. En vain le prince se prend pour l'Etat, il n'est pas moins vrai qu'il ne l'est pas; il sait qu'il est homme, qu'il est faible et environné de dangers , sa propre tyrannie ajoute à son effroi; il va de la cruauté à la peur, de la peur à la cruauté, jusqu'à ce qu'il perde la raison, et que l'énormité de ses excès le précipite du trône. Il est remarquable, en effet, que partout où les populations ne sont

pas encore entièrement abruties par le despotisme, les tyrans tombent souvent dans une féroce extravagance, et finissent par laisser leur vie dans le crime.

D'un autre côté, les démocraties pures ont leurs dangers et leurs excès: sans parler de l'ostracisme, qui était bien plus un honneur qu'une pénalité, Athènes se rendit souvent coupable envers ses plus grands citoyens. Il suffit de rappeler Socrate et Phocion. Elle avait aussi ses jugements de zèle contre ceux qui seraient soupçonnés d'aspirer à la tyrannie. Un peuple dont la volonté est souveraine, qui fait par lui-même les lois et les applique, est exposé, comme les simples tyrans, à mettre ses passions à la place de la raison. Mais il faut convenir qu'il est moins sujet à perdre l'esprit, à s'épouvanter de ses propres excès et à tomber de la cruauté dans la folie furieuse, parce qu'il est moins accessible à la peur et qu'il ne l'est pas plus à la colère. Ses emportements ne sont, du reste, que des flots qui s'élèvent et retombent. Il peut faire des actes insensés, mais il recouvre facilement la raison. Il peut commettre des injustices, mais il ne tarde pas à se repentir. Ses crimes ont d'ailleurs cet avantage sur ceux des tyrans, qu'ils n'atteignent guère que des individus; un peuple ne peut être injuste envers lui-même, tandis qu'un tyran peut incendier Rome pour le plaisir cruellement fantastique de se donner en spectacle une répétition de la ruine de Troie. Les majorités peuvent opprimer les minorités, comme une poignée de factieux peut troubler la tranquillité du plus grand nombre. Mais la majorité de la veille peut être la minorité du lendemain, et les factions succomber

devant la force publique. Quelquefois, il est vrai, des guerres civiles s'allument à de pareils chocs; elles peuvent durer longtemps même, et finir par la ruine d'un pays. Mais l'histoire prouve également que les guerres civiles et les factions sont loin d'être inconnues dans les monarchies absolues, que les guerres de dynastie y sont beaucoup plus fréquentes et non moins désastreuses, et qu'enfin le plus grand mal qu'un peuple ait à redouter, c'est moins l'anarchie que l'insensibilité et l'engourdissement de la vie publique.

On ne peut contester, en tout cas, que les lois pénales relatives à la chose publique ne soient plus modérées et plus sages dans les républiques que dans les monarchies absolues, surtout en ce qui regarde le salut du souverain, le respect de sa personne, de sa dignité et de ses droits. Or, c'est un mal que la nécessité de lois cruelles; c'en serait un plus grand que l'existence de pareilles lois sans nécessité.

Cette partie de la législation pénale a donc considérablement gagné en passant de l'arbitraire des grandes monarchies de l'Orient aux républiques de la Grèce et à celle de Rome.

Les républiques des Germains, des Barbares, celles du moyen âge en Italie, furent moins sanguinaires que la monarchie féodale qui leur succéda; mais celle-ci était nécessaire pour arriver à la monarchie constitutionnelle, qui n'est sujette ni aux excès de la démagogie, ni à ceux de la monarchie absolue. Elle a d'autres vices qui lui sont propres, mais que nous n'avons pas à signaler.

Il est incontestable cependant que les lois crimi-

nelles des monarchies constitutionnelles sont incomparablement plus douces, en matière politique surtout, que les lois correspondantes des monarchies absolues. Que l'on compare, en effet, les codes actuels de la France et de l'Angleterre avec les anciennes lois de ces deux pays; que l'on compare ces mêmes codes avec ceux de la Russie, de l'Autriche, de la Prusse même, et qu'on prononce. Ce qui était vrai au XVIIIe siècle l'est encore plus de nos jours; et Montesquieu disait déjà : « Il serait aisé de prouver que dans tous ou presque tous les Etats de l'Europe les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté »[1]. Nous ne parlons pas des lois criminelles dans les autres formes de gouvernement; l'influence de ces formes mixtes est facile à déterminer : elle amène des résultats qui ne sont ni aussi bons que ceux des républiques ou des monarchies constitutionnelles, ni aussi mauvais que ceux des démocraties et des monarchies absolues.

[1] *Esprit des Lois*, VI, 9.

§ IV

Progrès des idées dans le châtiment des délits contre les mœurs et la religion.

SOMMAIRE

1. Ce genre de pénalités presque inconnu des sauvages, — peu connu des barbares.
2. Deux espèces principales de délits contre les mœurs : l'impureté et le luxe.
3. La première espèce punie surtout dans les théocraties ou sous l'inspiration des idées religieuses.
4. Mœurs des sauvages et des barbares.
5. Législations orientales. — Progrès réel qu'elles supposent.
6. La religion chrétienne : son influence sur les législations modernes. — Excès.
7. Distinction de juridiction. — Conséquences salutaires.
8. Les péchés contre la religion, d'abord mis au nombre des délits, ont enfin perdu ce caractère.
9. Exemples d'abus de ce genre.

I

Contre les mauvaises mœurs.

Les sauvages n'ont que des instincts et des passions; ils n'ont pas encore de règles de conduite érigées en principes sociaux. Déjà, cependant, l'homme moral est en eux tout entier, mais il y est en germe seulement. Cela ne suffit pas pour qu'on s'en préoccupe comme d'un besoin public.

Les barbares attachent déjà plus d'importance aux qualités morales qui peuvent contribuer à la tranquillité et au bien commun : ainsi, les Germains plon-

geaient les fainéants dans les marais, et les y laissaient expirer[1]. Artaxerxès faisait percer la langue à trois endroits pour un mensonge[2] Les Perses, les Mèdes, les Macédoniens, les Athéniens même punissaient l'ingratitude[3].

Dans les civilisations plus avancées, les lois pénales relatives aux mœurs sont de deux espèces principalement : les unes se rapportent aux relations des sexes, les autres au luxe. Les premières précèdent naturellement les secondes, par la raison que le luxe suppose un grand développement de l'industrie. Je ne parle ici que des lois somptuaires, car il en est d'autres qui ont également un caractère économique, mais qui sont plutôt des mesures de police que des lois relatives aux bonnes mœurs. Celles-ci peuvent être contemporaines des lois sur la chasteté, ou même les précéder. Telles sont celles qui obligeaient, chez les Egyptiens, à déclarer fidèlement aux magistrats, sous peine de mort, les moyens de subsistance qu'on possédait, et qui contraignaient chacun à se procurer honnêtement de quoi vivre. Telle était encore la loi irlandaise qui condamnait à mort les trop gros mangeurs. On pourrait dire la même chose des dispositions légales contre l'ivrognerie.

Les péchés contre la pureté ne sont guère punis par les lois civiles que dans les théocraties, ou sous l'inspiration des idées religieuses. Les peuples sauvages

[1] TACITE; *Mœurs des Germ.*
[2] ALEXAND. AB ALEX., *Genial. dies*, VI, 10.
[3] XÉNOPH., *Cyrop.*, I, — SÉNÈQ., *de Beneficiis*, III, 6 et 7; — THÉMIST., *Orat.* 22.

s'en formalisent peu ; certains d'entre eux n'y sont que médiocrement portés. Il en est de même des barbares. Salvien[1] fait le plus grand éloge de leur chasteté, par opposition, du moins, au débordement des mœurs romaines. Les Scythes, les Germains avaient la même réputation dans l'antiquité. Ce fait s'explique moins par la vertu que par le défaut de loisirs et d'imagination. C'est un mérite négatif. La preuve, c'est que des sauvages plus favorisés du climat ont des goûts et des mœurs détestables, et que ces mœurs ont un caractère public. On n'y punit pas la dépravation, parce qu'elle est universelle, parce qu'on n'y voit pas de lésion sociale, parce qu'enfin le sentiment des convenances morales, du respect de soi-même et des autres, n'est pas encore suffisamment développé,

Mais lorsque ce développement est atteint, à l'aide surtout des idées religieuses, les législateurs deviennent impitoyables. Tous les vices contre nature étaient punis de mort chez les Perses. On connaît la sévérité des lois mosaïques à cet égard. Cette rigueur, si elle n'est pas un progrès par elle-même, en révèle un cependant, à savoir : le développement de la pudeur, le besoin de la pureté dans les mœurs, le dégoût et la haine du libertinage public.

La religion chrétienne, en divinisant presque la chasteté, a donné aux idées et aux mœurs une nouvelle pureté. C'est du moins ce qu'elle a voulu faire, et ce qu'elle a fait souvent. Ce sont ses doctrines, ce sont ses tendances. Aussi les législations civiles qu'elle

[1] *De Gubernatione Dei.*

a inspirées ont-elles été plus ou moins implacables contre le vice ; elles ont emprunté au droit canon plusieurs de leurs règles concernant le mariage, et ont poursuivi les unions illicites avec un zèle qui ne s'explique que par l'idée et le sentiment religieux. En Angleterre, les bâtards n'étaient pas même légitimés par un mariage subséquent[1].

Sans approuver davantage les mauvaises mœurs, et sans méconnaître en rien leur fâcheuse influence sur l'ordre et le bonheur public, mais plus éclairés sur les limites vraies de l'action répressive de l'autorité civile, distinguant la sphère du droit de celle de la morale, laissant à l'éducation, à la religion, à l'opinion publique, leur part d'autorité, les législateurs modernes ont cessé de sévir avec le même degré d'étendue et de rigueur contre le vice qui ne porte aucune atteinte directe aux droits d'autrui. Cette restriction apportée au pouvoir législatif n'est donc plus le fruit de l'indifférence ou de la corruption générale des mœurs, comme chez les peuples primitifs ; c'est, au contraire, la conséquence des lumières et du respect de la liberté et de la justice. C'est donc un nouveau progrès dans les lois. Nous verrons ailleurs s'il ne reste plus rien à faire à cet égard.

Un autre progrès encore, c'est que les lois pénales qui subsistent encore comme gardiennes des bonnes mœurs sont bien plus en rapport avec la nature et la gravité des délits que celles d'autrefois ; elles ont perdu l'expression de haine ou de fanatisme qui les distin-

[1] *Mém. de* CASTELN., II, 1,

guait anciennement. Quel immense intervalle entre la peine actuelle de l'adultère, par exemple, et celle qu'on trouve infligée à ce délit dans presque toutes les législations anciennes! Chose singulière cependant : nos codes, dans certaines circonstances, laissent encore au mari outragé un droit qui rappelle celui des temps les moins civilisés ! Il est restreint sans doute, mais il subsiste.

C'est par des considérations analogues, et par suite de nouvelles idées en économie politique, que les lois somptuaires ont généralement disparu des codes modernes.

II

Contre les manquements à la religion.

Partout où la puissance ecclésiastique a exercé le pouvoir civil ou l'a inspiré, elle a sanctionné ou fait sanctionner ses prescriptions par des peines temporelles. C'est un hommage rendu à la religion par le prince, il est vrai, mais aux dépens de la liberté de conscience et au mépris de la justice. Dans les théocraties, ces saintes rigueurs sont plus naturelles.

Mais lorsque les deux puissances sont entre des mains différentes, il faut que le pouvoir civil soit encore soumis au pouvoir ecclésiastique pour imposer les dogmes et les pratiques de la religion. Dans la théocratie, la religion adopte l'Etat ; avec la séparation des deux puissances, la religion est, au contraire, adoptée par l'Etat : ses croyances, son culte sont encore des devoirs civils, de même que dans la théocratie les

devoirs sociaux et privés sont encore des devoirs religieux. La différence est grande déjà.

Elle le devient davantage, elle est complète lorsque les deux puissances sont non seulement distinctes, mais respectivement indépendantes ; lorsqu'elles ont chacune leur autorité et leur action propres ; lorsqu'au lieu d'être subordonnées l'une à l'autre, elles sont simplement coordonnées, tendant l'une au bien privé par le bien public, l'autre au bien public par le bien privé. L'une se propose avant tout la justice, l'autre les bonnes mœurs. C'est à titre de droit particulier seulement que l'autorité civile protége les croyances et leurs manifestations diverses, sans souffrir qu'elles se persécutent, ou qu'elles deviennent une cause ou une injuste occasion de trouble et de guerre.

De ce moment, mais depuis lors seulement, l'autorité temporelle a compris son rôle à l'égard de la spirituelle. Elle n'en veut plus faire son instrument ; elle la respecte pour elle-même, elle reconnaît son origine et ses droits distincts, mais elle revendique à son tour la même indépendance ; elle aussi veut, à sa manière, ne relever que de Dieu et n'avoir de compte à rendre qu'à lui seul.

On peut de nos jours, dans l'intérêt du mercenaire, tenter de faire respecter le repos du dimanche ; mais, à coup sûr, les infractions n'en seraient plus punies avec la rigueur qu'y mettait Dagobert II [1]. Ainsi le motif et la peine auraient changé. Nous pensons cependant qu'il y aurait plus de sagesse et de justice

[1] Voir p. 366.

à s'en remettre uniquement au sentiment religieux de chacun sur ce point.

§ V

Progrès du droit criminel international.

SOMMAIRE

1. La guerre n'eut d'abord pas de règle.
2. L'intérêt ramène à la justice.
3. Principes des relations extérieures recherchés par les philosophes et adoptés d'abord tacitement par les souverains.
4. Ils passent de plus en plus dans les traités et les mœurs des nations.

La guerre n'a d'abord été que le combat singulier, le duel (*duellum*, comme disaient les Latins) de deux nations, sans autres règles morales que celles qui présidaient à la collision de deux sauvages. Or, ces règles étaient nulles; on se faisait le plus de mal possible; on se tuait ou l'on était tué. Tel fut le premier caractère de la guerre. La guerre défensive ne se borna pas simplement à repousser l'attaque; elle fut souvent inspirée par le désir de la punir et de la prévenir; elle eut un caractère pénal.

L'intérêt des nations, d'accord avec la justice, fit bientôt comprendre que la guerre même a ses règles morales naturelles; il fut donc question de les poser, tant pour ce qui concerne la déclaration de la guerre que pour ce qui en regarde l'exécution. Les féciaux furent institués. On voulut mettre la justice et les dieux pour soi. Peu importe que l'ignorance, l'ambition, la

politique n'aient souvent fait de cet acte religieux qu'une cérémonie superstitieuse, mensongère et hypocrite : le principe était reconnu, le droit proclamé.

Ces principes ne tardèrent pas à être acceptés par les autres nations ; ils devinrent la base du droit des gens. Ils s'étendirent et se perfectionnèrent, et Grotius pouvait dire au XVIIe siècle que des peuples en état de guerre doivent se faire le moins de mal possible, c'est-à-dire le mal seulement nécessaire pour se procurer l'avantage de la victoire. Un empereur de la Chine avait proclamé la même maxime longtemps auparavant.

Aujourd'hui le droit des gens a pris un caractère positif : outre ces grands principes rédigés par des philosophes, et généralement acceptés de tous les peuples civilisés, un grand nombre de conventions particulières ont été faites d'un peuple à l'autre sur la manière de traiter les étrangers qui se rendraient coupables de délits au dehors. D'un autre côté, plusieurs peuples ont décerné des peines contre tout indigène qui, après avoir commis un délit à l'étranger et contre un étranger du pays où le délit a été commis ou d'un autre pays, se réfugierait dans sa patrie pour y chercher l'impunité. Cet état de choses est bien loin des principes que tout étranger est un ennemi, et qu'il faut faire à l'ennemi le plus de mal possible.

CHAPITRE IV

Progrès des idées en matière de procédure criminelle.

SOMMAIRE

1. Importance des formes judiciaires. — Leur idéal. — L'idéal des formes, tel qu'il est conçu, va lui-même en s'épurant.
2. Tantôt la procédure criminelle vaut mieux que le système de pénalité, tantôt elle vaut moins.
3. Cependant partout où la procédure criminelle n'a rien valu, la pénalité n'a pas été bonne. — La réciproque n'est pas aussi absolue. — Pourquoi. — Distinction.
4. Justice personnelle.
5. Justice publique. — Plainte. — Divers rôles possibles du pouvoir.
6. De quoi dépend la liberté plus ou moins grande laissée à l'inculpé.
7. Les cojurateurs; ce qu'ils supposent.
8. Accusation privée; ses inconvénients.
9. Accusation publique; son origine, ses progrès, ses abus.
10. Ministère public : — d'abord mal circonscrit; puis plus restreint et plus fort.
11. Distinction de l'action publique et de l'action privée. — Ses heureuses conséquences.
12. Progrès analogue dans toutes les autres parties du mécanisme judiciaire.
13. Dans le tribunal, par exemple. — Juge dans sa propre cause. — Juge domestique. — Le juge chargé de faire respecter sa sentence. — Le plus fort dans la tribu. — La force du juge cherchée dans le nombre. — La cause jugée devenue celle du juge.
14. Délégation du pouvoir judiciaire. — Juges officiels. — Magistrature. — Appel.
15. Juges officiers du prince, ou pairs de l'inculpé.
16. Institution du jury.
17. Condition de l'existence des lois pénales; — comment elles dépendent des formes judiciaires.

18. Instruction criminelle. — Sa simplicité originelle; — devient plus complexe en devenant plus méthodique. — Ses moments nécessaires. — Les preuves. — Théorie des preuves. — Successivement nulle, fausse, compliquée, simplifiée. — Torture, inquisition, serment, épreuves.
19. Deux degrés dans la procédure. — De la procédure écrite ou parlée. — Deux systèmes. — Drame judiciaire. — Publicité des débats. — Libre défense des accusés. — Dénouement.

C'est surtout dans la manière de rechercher les délits et d'en poursuivre les auteurs que se révèle une civilisation : ou les formes sont nulles, bizarres, absurdes, injustes ; ou elles sont seulement imparfaites; ou bien, enfin, elles sont tout ce qu'elles peuvent être, tout ce que comportent la sagesse et la justice humaines considérées dans le plus haut point de développement. Cette perfection est un idéal dont la notion elle-même a besoin du temps pour se former: l'esprit humain aperçoit rarement l'idéal absolu ; il sait cependant qu'il existe ; il peut même prendre l'idéal relatif pour l'idéal absolu ; il peut croire que le degré de perfection qu'il entrevoit est le dernier de tous, que c'est la plus haute perfection possible. Mais le temps amène d'autres réflexions, d'autres idées ; l'expérience met à découvert des vices qui n'étaient point soupçonnés d'abord; la théorie, constamment éclairée par les faits, améliore sans cesse son idée ; la philosophie, prenant sans cesse un nouveau point d'appui dans les faits, dans l'histoire, sans cesse conduit à de nouveaux faits, et toujours ainsi. Passer d'un fait ou d'un état de choses donné à l'idée d'un état de choses meilleur, de cette idée au fait qui la traduit en réalité vivante dans les institutions, et de ce fait à une

idée nouvelle, telle est la loi du progrès; loi de continuité indéfinie, résultant de la faculté que nous possédons de réfléchir à nos actes, et du pouvoir de les modifier.

Des formes de procédure criminelle sagement conçues et fidèlement suivies sont plus importantes, à beaucoup d'égards, qu'une pénalité parfaitement appropriée aux délits. C'est dans les formes que consiste toute la garantie de n'être point accusé et condamné sans être coupable, comme aussi de jouir de la sûreté et de l'inviolabilité essentielles à la vie sociale. Sans les formes, et sans des formes habilement conçues et suivies avec une intelligence scrupuleuse, l'arbitraire, la négligence, l'injustice même prennent la place du droit : l'innocence est menacée par l'institution même qui doit la protéger; tous les droits sont en péril, tous peuvent être attaqués, violés, sans espoir fondé de réparation.

Ce n'est pas cependant qu'un bon système de pénalité soit en général plus facile à créer qu'un bon système de procédure criminelle; et si des systèmes de cette nature valent souvent mieux que ceux de la procédure criminelle, en Allemagne, par exemple, ailleurs c'est le contraire; en Angleterre, la procédure criminelle est depuis longtemps supérieure au système pénal. Telle était généralement la situation respective de ces deux branches du droit criminel en France sous l'ancien régime.

Il est à remarquer, toutefois, que partout où la procédure criminelle n'a rien valu, la pénalité n'a pas été bonne. La réciproque n'est pas aussi absolue. La rai-

son de cette différence vient de ce que la procédure criminelle tient étroitement à la forme des gouvernements. Un système d'organisation sociale ou politique fondé sur des abus porte ceux qui en profitent à faire rendre une justice qui en soit l'expression, la conséquence et le soutien. De là des formes essentiellement vicieuses, parce qu'elles émaneront d'un état de choses abusif, ou qu'elles y seront appropriées. De là une pénalité essentiellement mauvaise d'abord en ce qui concerne les délits contre l'organisation sociale ou politique existante. Et comme le pouvoir se corrompt lui-même par ses iniquités légales ; comme il ne peut être mauvais que parce qu'il viole les grands principes de l'égalité et de la liberté, il ne pourra, sans inconséquence et sans danger, faire pénétrer ces deux principes dans ses lois pénales; partout, au contraire, devra se faire sentir la loi factice du privilège, de la violence et de l'arbitraire. Les délits privés ne seront donc guère plus sagement réprimés que les délits politiques.

Mais si de pareils vices ne tiennent pas à la forme du gouvernement, rien n'empêche que la pénalité ne soit marquée du cachet de l'équité et de la modération, sans toutefois que les règles à suivre pour découvrir le coupable, pour s'assurer de sa personne et le convaincre, aient encore toute la perfection désirable. La pénalité peut donc être bonne et la procédure médiocre. Mais ce vice tient alors à l'ignorance ou à l'incurie, puisqu'il ne peut plus s'expliquer par une injustice systématique ou par l'intérêt. Il est rare, toutefois, qu'il en soit ainsi, excepté le cas où la jus-

tice est rendue très équitablement par un prince absolu. Mais cette exception tient à la personne, et nullement aux institutions ou aux lois.

Il s'agit de voir maintenant quelle a dû être et quelle a été en effet la marche de l'esprit humain dans la poursuite des délits.

I. Dans l'enfance des sociétés, où la solidarité est inconnue et où la force publique n'existe pas encore, où l'instinct et la nécessité font agir comme l'égoïsme fait penser et parler dans un état social et supérieur, c'est-à-dire suivant la maxime : Chacun pour soi, la fortune pour tous ; alors l'accusation publique est inconnue comme fonction ; elle est même inconnue comme droit dévolu à tous. Il n'y a pas même dénonciation au pouvoir, parce qu'il n'y a pas de pouvoir. Celui qui ressent une injure cherche à la venger : voilà le principe et la fin de toute la procédure. Tous les moyens lui sont bons, pourvu qu'ils conduisent à cette fin : voilà toutes les formes.

Mais dès qu'il y a un pouvoir public, une autorité constituée, le délinquant est naturellement accusé par celui qui souffre du délit : il y a plainte.

Ce pouvoir peut alors ou autoriser la vengeance, ou s'en faire l'auxiliaire, ou s'en faire l'instrument exclusif. Il prend le premier parti lorsque son autorité est plus à craindre pour le plaignant que pour l'accusé, ou lorsque le soin de son repos le préoccupe plus que celui de la justice. Il prend le second lorsque le plaignant n'est point assez fort pour se venger, et que le pouvoir ne comprend pas encore qu'il doit se réserver ce droit tout entier, ou qu'il n'a pas à lui seul

la force de l'exercer. Il prend le dernier lorsqu'enfin il veut l'ordre et peut le faire régner par lui-même.

En général, la liberté de l'inculpé est d'autant moins respectée que les formes sont plus simples, qu'il présente moins de garanties, de soumission à la justice, et de disposition à en écouter la sentence. Il peut être redoutable au juge lui-même ; et alors il importe de le prévenir, de le surpendre, et de lui faire promptement son procès. C'est pourquoi la vengeance individuelle, de crainte de manquer le châtiment, commence par l'infliger.

Sans être à redouter soit pour le plaignant, soit pour le pouvoir, l'inculpé peut n'être retenu par aucun intérêt, il peut s'échapper et se soustraire à la justice pénale. De là une nécessité morale de s'assurer de sa personne.

Ce n'est que dans une société plus compacte qu'il peut, malgré l'inculpation, garder sa liberté sur la foi de ses proches ou de ses amis, sur la sienne propre. Les cautions ou cojurateurs, en répondant avec lui qu'il se présentera devant la justice au jour voulu, en engageant eux-mêmes leurs personnes ou leurs biens, doivent pouvoir compter sur une sentence équitable. La justice publique doit alors être établie sur des bases assez respectables pour inspirer quelque confiance.

Celle du juge ou du plaignant peut aussi avoir pour base les biens mêmes de l'inculpé. Mais il faut encore alors que la société civile soit assez avancée non seulement pour que la propriété soit reconnue, mais encore pour que les fortunes privées aient reçu un certain accroissement. Toutefois, l'étendue considérable de la

fortune n'est nécessaire que pour répandre d'amples réparations civiles, et pour contrebalancer dans les sentiments d'un inculpé la chance d'être condamné et la douleur de la peine; autrement, il sacrifierait facilement sa fortune à cette double crainte. Les biens peuvent donc facilement répondre de la fidélité à se présenter devant la justice et à subir la sentence lorsqu'il ne s'agit que d'une inculpation peu sérieuse ; mais pour les crimes emportant peine capitale, bannissement, confiscation, amendes ou réparations civiles assez considérables pour absorber la fortune de l'inculpé, il est évident qu'il n'y a pour celui-ci, s'il est coupable, aucune raison d'attendre le résultat du jugement, et qu'il peut souvent trembler encore quoique innocent.

En résumé sur ce premier point, la vengeance personnelle, parce qu'elle est passionnée, parce qu'elle est faible, frappe celui qu'elle présume coupable et ne l'arrête pas.

Lorsqu'un premier pouvoir intervient, la vengeance, moins faible déjà, est moins subite et moins rusée : elle se plaint et demande l'exercice de son droit, à ses risques et périls, ou bien elle demande assistance ou châtiment. Le pouvoir l'écoute, lui accorde la liberté de faire la guerre à celui qu'elle regarde comme son ennemi, ou va déjà jusqu'à lui prêter secours, jusqu'à exercer par lui-même le châtiment qu'elle sollicite, sans trop s'informer encore s'il est ou non mérité. Ce n'est que plus tard, lorsqu'il a compris surtout qu'il doit justice à tous ceux qui lui sont soumis, aux malfaiteurs eux-mêmes ; ce n'est qu'alors qu'il commence

à se poser en juge véritable. Jusque-là il n'était que pouvoir exécutif, et laissait à chacun le soin de juger dans ses propres affaires.

Mais du moment que des plaintes contradictoires lui furent adressées, il dut se trouver dans le doute, dans l'heureuse nécessité d'examiner les raisons alléguées de part et d'autre, en un mot de juger.

Mais, pour juger, il faut le plus souvent se livrer à des recherches, il faut du temps. Et pendant ce temps nécessaire à recueillir les preuves du fait, celles de la culpabilité, l'inculpé peut se soustraire à la sentence qui le menace. De là la nécessité de s'assurer de sa personne.

Peu importe, du reste, qu'il soit ou ne soit pas en liberté pour le moment, s'il doit reparaître au jour et à l'heure voulus. Qu'il donne cette garantie, et qu'il reste libre. Dès que le pouvoir jugea qu'il pouvait compter sur cette promesse, ou se dédommager facilement de l'infidélité à un engagement de cette nature, la liberté provisoire put être accordée.

Elle le fut sans doute d'abord sur les garanties que l'inculpé put offrir personnellement; ensuite sur les engagements que d'autres voulurent bien prendre en sa faveur. Il est naturel, en effet, d'épuiser ses moyens propres avant de recourir à la bienveillance d'autrui.

II. Lorsqu'un pouvoir judiciaire est reconnu, la plainte s'adresse à lui. Si ce pouvoir accorde spontanément sa protection à tous ceux qui en ont besoin, qu'ils la réclament ou ne la réclament pas, alors la dénonciation est admise, à plus forte raison l'accusation publique. Jusque-là, le juge n'agissait qu'en con-

séquence d'une plainte. Mais l'offensé n'est pas toujours en état de se plaindre, ni de le faire utilement: il peut succomber sous les coups d'un assaillant; il peut ne pas connaître l'auteur d'un vol commis à son préjudice, ni le témoin dont il pourrait invoquer l'appui. Le bon ordre, d'accord avec la sympathie pour celui qui souffre et la haine pour le méchant, d'accord avec les affections du sang et les attachements de l'amitié, ne dut pas tarder à faire accueillir les dénonciations. La justice exigeant qu'elles fussent soutenues, prouvées, le dénonciateur dut se faire accusateur. Ce droit fut naturellement ouvert à tout le monde, et ceux qui l'exerçaient méritaient la reconnaissance des opprimés et des gens de bien. Si pour remplir cette tâche il fallait du dévouement, si l'accusation était soutenue avec courage et talent, l'admiration, l'estime, la confiance se joignirent à la reconnaissance, et ouvrirent le chemin aux emplois publics. Le rôle d'accusateur commence dès lors à perdre de sa pureté et de sa dignité; il fut recherché ou accepté par ambition, pour servir la haine d'un homme puissant ou du peuple. Il perdit surtout de sa considération primitive lorsqu'une partie de l'amende ou de la confiscation en fut le fruit. Il était cependant difficile d'encourager les accusations sans corrompre les accusateurs.

Ces inconvénients et beaucoup d'autres qu'il serait facile de rappeler, car toutes les passions hostiles pouvaient prendre le masque de l'intérêt public, firent du droit commun d'accuser une institution de discorde et de trouble. Il fallait donc la restreindre aux seuls cas qui touchaient ou qu'on croyait toucher réel-

lement à l'intérêt public, et laisser aux intéressés le soin de saisir la justice pour tout le reste. Encore ces précautions furent-elles insuffisantes : les ambitions, les rivalités et les haines trouvèrent le moyen de se satisfaire sur ce champ restreint. Des pénalités furent donc établies contre les accusations calomnieuses.

La tiédeur succéda au zèle emporté par l'égoïsme. La chose publique, l'intérêt privé des faibles ne furent pas suffisamment garantis. La recherche officielle des délits fut donc commise aux juges, aux magistrats, aux fonctionnaires publics.

C'était trop et trop peu. Personne n'étant spécialement chargé de cette fonction, chacun comptait sur tout le monde, et la justice répressive s'exerçait avec mollesse ou confusion. On songea donc à restreindre ce pouvoir, à le convertir en fonction publique, et à le confier à une seule main. De là l'office d'accusateur public. Cependant, comme un seul homme peut manquer de vigilance, de jugement, de zèle, de courage, on ne dessaisit pas entièrement du droit d'initiative dans les poursuites les autres magistrats préposés au bon ordre public. Mais l'institution du ministère était créée ; il ne s'agissait que de l'organiser, en la hiérarchisant, en lui donnant ses auxiliaires indispensables, en définissant ses attributions, et en réglant ses rapports avec les autres fonctions publiques analogues.

Pour donner plus de force encore à l'institution, et pour achever de réduire le rôle des simples particuliers, dans l'administration de la justice pénale, à sa véritable expression, il fut décidé que l'accusateur public

recevrait la plainte de l'offensé, mais qu'il ne s'en occuperait qu'en ce qui touche l'intérêt public, laissant aux particuliers le soin de faire valoir leurs droits devant les tribunaux. En même temps qu'il en requerra la peine décernée par les lois contre le délit, les particuliers pourront bien présenter leur demande en indemnité, mais la peine ne les regarde pas, la vindicte publique n'est pas entre leurs mains; ils n'ont droit qu'à la réparation du préjudice souffert par eux.

On distingua donc dans une même affaire l'action publique et l'action privée ; ces dénominations, usitées depuis longtemps, prirent une acception nouvelle en harmonie avec les réformes apportées dans la poursuite des délits. Les particuliers n'eurent plus la faculté de provoquer les uns contre les autres les peines dont la loi menace les délinquants ; de même que le magistrat ne fut plus chargé de former des réclamations que les intéressés ayant la libre disposition de leurs droits pouvaient très bien élever eux-mêmes, ou sur l'objet desquels ils devaient être libres de transiger. Mais les particuliers durent conserver le droit de formuler leurs plaintes auprès de l'organe de la justice sociale, et de lui faire connaître à quel titre ils réclamaient la réparation du mal qu'ils avaient souffert, et la protection publique pour l'avenir.

Tous les intérêts se trouvèrent par là sauvegardés, en même temps que les haines et les vengeances où les désordres qui devaient résulter de l'accusation publique, ouverte à tout le monde, disparurent presque entièrement. La force publique, l'ordre général, la douceur des mœurs, tout a gagné à l'établissement de

l'accusation publique telle qu'elle existe dans la plupart de nos sociétés modernes.

Telle a donc été la marche progressive de l'accusation : la dénonciation secrète d'abord ; l'accusation publique ensuite et pour tous les délits ; l'accusation restreinte aux délits publics ; l'accusation calomnieuse punie, et l'accusation vraie encouragée. Deux sortes d'abus résultant de ce nouvel état de choses : la tiédeur des honnêtes gens, et le zèle des ambitieux et des méchants, font restreindre le droit de poursuite à tous les magistrats. Ce remède entraîne d'autres inconvénients ; on songe donc à donner plus de force à l'institution, en réduisant le personnel ayant qualité pour exercer une poursuite criminelle, en convertissant en fonction publique spéciale, en obligation, ce qui n'avait été jusque-là qu'un droit ou une attribution accessoire. Des deux intérêts engagés dans la plupart des délits, l'intérêt public et l'intérêt privé, le premier fut seul confié au ministère public, le second resta aux soins et au zèle des particuliers : distinction nouvelle entre l'action publique et l'action privée.

III. Un progrès analogue se révèle dans toutes les autres parties du mécanisme judiciaire. Il n'y eut d'abord d'autre juge des plaintes que ceux qui les élevaient. L'offensé faisait la loi, poursuivait le délit, portait la sentence et l'exécutait. Rien n'était plus simple que cette forme primitive ; mais aussi rien de plus imparfait. Les premiers juges furent naturellement pris au sein de la famille. Le père prononça sur le différend de ses enfants, le patriarche sur ceux de sa descendance soumis à son pouvoir. Le chef de la horde

guerrière dut être investi du même droit. Le plus fort était alors un juge plus nécessaire que le plus sage. Force devait rester à la sentence ; autrement elle aurait eu de toutes les imperfections la plus grande, elle aurait été comme non avenue. Or, mieux vaut en général une mauvaise justice qu'aucune justice. Il fut donc nécessaire d'investir du droit de juger celui qui fut capable de faire respecter ses arrêts.

On dut cependant chercher en même temps dans le juge des idées et des sentiments favorables aux plaintes qu'on formait ; on s'associa tant qu'on le put des sympathies ; on intéressa à sa propre cause ses proches, ses amis, ses voisins ; on invoqua leur témoignage, leur influence, leur talent de parole. C'était déjà des *conjuratores*. On craignit moins alors de prendre pour juges les premiers venus : on était déjà fort de l'assentiment de tous ceux dont on se trouvait environné. On ne désespérait point de passionner le tribunal lui-même, d'intéresser son amour-propre, de provoquer ses sympathies, de le porter à faire sienne la cause qu'il allait juger. Longtemps, en effet, le juge dut répondre de sa sentence, et la soutenir en champ clos contre celui qui la *faussait*. Mais c'était déjà là un état de choses meilleur que celui dont nous parlons. Dans le principe, en effet, la foule qui jugeait ne souffrait point d'appel ; elle était juge souveraine. Elle exécutait elle-même ses propres arrêts, ou les faisait exécuter sous ses yeux, ou bien elle en laissait le soin soit à celui qui les avait obtenus, soit au pouvoir public.

Il en était de même lorsque les délits, tout domes-

tiques, ne regardaient que les membres d'une ou de deux cabanes ; le tribunal n'était alors qu'un conseil de famille revêtu d'un pouvoir absolu, et toujours assez fort pour mettre à la raison l'un de ses membres.

Lorsqu'un chef de peuplade est pris pour juge, il n'y a pas non plus d'appel possible ; il n'y en a pas en principe lorsque le souverain prononce : un appel suppose une autorité, un tribunal supérieur. La révision d'une sentence, par celui qui l'a rendue, est donc la seule ressource qui reste au condamné ; on peut en appeler de Philippe ivre à Philippe à jeun.

Mais un seul homme, alors même qu'il serait assisté d'un conseil ayant voix consultative seulement, ou voix délibérative même, ne peut suffire à juger toutes les affaires d'une société un peu considérable. Un chef de nation a, d'ailleurs, d'autres affaires : les soins de l'administration, les nécessités ou la passion de la guerre, le goût de l'oisiveté ou des plaisirs ; l'ennui et les difficultés inséparables de la tenue des audiences : tout cela dut promptement détourner ou dégoûter les chefs des petites nations primitives de rendre par eux-mêmes la justice à leurs sujets. Il fut donc nécessaire pour le prince de déléguer le pouvoir judiciaire. Ainsi naquirent successivement les tribunaux présidés d'abord par le prince, puis les tribunaux chargés de rendre justice en son nom.

Ce que je dis de la formation de ces tribunaux dans de petits Etats despotiques peut s'appliquer aux Etats théocratiques, où le corps sacerdotal gouverne par lui-même ou par des hommes qui lui sont soumis. Seulement, les formes judiciaires prennent dans ce cas un

caractère cérémoniel et religieux qu'elles n'ont pas, au même degré du moins, dans un autre mode de gouvernement. De plus, si c'est le corps sacerdotal qui gouverne en son propre nom, le souverain pontife, à moins qu'il ne se donne comme prophète, et non comme prêtre ou chef des sacrificateurs et des docteurs, jugera rarement par lui seul ; il se mettra plutôt à la tête d'un collége, en attendant qu'il en délègue la présidence, qu'il renonce à la judicature pour exercer d'autres fonctions souveraines plus importantes pour sa politique, et plus difficiles à déléguer.

On peut dire la même chose encore des petits souverains qui se forment du démembrement de l'autorité d'un plus grand, comme dans la féodalité ; ou des administrateurs des provinces d'un grand Etat, comme les anciens satrapes de la Perse ou les pachas du grand-seigneur. Ces petits despotes, revêtus de l'autorité souveraine ou chargés de l'exercer, rendent d'abord la justice par eux-mêmes et en remettent ensuite la charge aux hommes qui les assistaient dans ces fonctions ; charge honorifique d'abord, onéreuse ensuite ; rétribuées, enfin, à cause du dévouement qu'elle exige et de l'importance des intérêts qui lui sont confiés.

Avec la délégation du pouvoir judiciaire, l'appel devint possible. Il le devint surtout lorsque ce pouvoir se divisa plutôt que de se transmettre tout entier, comme à Rome et dans la plupart des républiques. Le prince ou le peuple, en retenant certaines affaires, se réserva l'appel de certaines autres, jusqu'à ce que les tribunaux se fussent assez multipliés et assez hiérar-

chisés pour que l'appel des inférieurs aux supérieurs fût possible sans recourir au prince ou au peuple, excepté dans quelques pays où cet appel fut toujours facultatif en matière capitale.

Les hommes choisis par le prince pour former son conseil de justice furent ou des officiers, ou des pairs de l'inculpé, suivant qu'il avait trouvé la justice publique instituée par les chefs souverains qui l'avaient précédé, ou qu'elle avait, au contraire, été créée par le peuple. Dans ce dernier cas les délinquants ayant toujours été jugés par leurs pairs, le chef continue cette tradition. Au surplus, le principe d'être jugé par ses pairs ne put avoir son origine qu'au sein d'une société où régnait l'inégalité. Là où tous les hommes sont égaux devant la loi, il n'y a aucune raison de réclamer le jugement de ses pairs; il n'y a plus alors qu'administrateurs et administrés, et la distinction ne peut plus rouler qu'entre ceux qui sont investis du pouvoir judiciaire comme fonction publique, et ceux qui ne le sont pas. Les juges peuvent alors être regardés comme les hommes du prince, et par conséquent comme n'étant plus sous ce rapport les pairs des simples particuliers. Alors aussi le peuple peut désirer avoir pour juges, surtout dans les affaires politiques, des hommes qui soient à l'abri de tout soupçon de complaisance ou de faiblesse. Cependant l'institution du jury vient plus visiblement encore du régime féodal que du régime égalitaire des républiques. Elle a, d'ailleurs, pris naissance dans les sociétés modernes, au sein du système féodal ou à sa suite. S'il n'y avait jamais eu de catégories politiques, il n'y aurait jamais eu non plus de

pairs et de non pairs ; jamais l'esprit d'une classe de la population n'eût été hostile à l'autre ; jamais un citoyen n'eût redouté d'être jugé par un autre, sous prétexte qu'il n'était pas son pareil, son égal devant la justice et la loi.

Tant que le souverain, en qui réside essentiellement le pouvoir législatif, se charge de rendre lui-même la justice, le besoin des lois pénales est peu sensible. Il y en aurait, qu'elles seraient d'ailleurs à chaque instant susceptibles d'être légalement oubliées ou abrogées ; car la volonté souveraine faisant loi, et cette volonté jugeant, elle peut à chaque instant modifier ou changer complètement sa loi. Ce qui revient à dire qu'alors il n'y a pas de loi, qu'il est même impossible qu'il y en ait. La loi pénale ou autre n'est donc possible que dans le cas où le pouvoir législatif n'est pas en même temps pouvoir judiciaire ; car alors il peut manifester aux juges sa volonté que telle peine soit affectée à tel délit, et qu'une forme plutôt qu'une autre soit suivie dans les actes de la procédure.

Aussi un Etat, si despotique qu'en puisse être la forme, a-t-il des lois pénales, une jurisprudence au moins, du moment que le souverain cesse de juger en personne. Pour peu même que le régime despotique ait duré, il se forme une tradition plus ou moins respectée du pouvoir souverain dans ses jugements. On consulte les précédents, on se les rappelle : s'ils sont bons, c'est une raison de les maintenir; s'ils sont mauvais, le despotisme pourra les suivre encore plutôt que de se condamner lui-même.

IV. Quel que soit le tribunal qui prononce, il faut

que la sentence soit préparée par une série d'opérations qui constituent ce qu'on appelle proprement l'instruction criminelle. Quant aux débats et à la libre défense de l'accusé, ils ne font pas absolument partie d'une procédure criminelle, non certes qu'ils n'en soient des éléments essentiels dans une société où le respect de la justice est complet, mais parce qu'elle peut, à la rigueur, se rendre sans recourir à ces moyens d'éclairer la religion du juge.

Le pouvoir judiciaire le plus expéditif dans ses actes, pour peu du moins qu'il mérite le nom de tribunal, doit nécessairement constater le délit, rechercher le coupable, s'assurer que c'est bien lui qui est sous sa main, et enfin appliquer la peine par sa sentence.

Il semble que rien ne soit plus facile que de constater un délit. Il n'en est rien cependant; une plainte est formée pour vol : le plaignant possédait-il réellement la chose qu'il dit lui avoir été dérobée ? S'il la possédait, n'a-t-elle pas été égarée, détruite par le plaignant ? ne l'a-t-il pas cachée ? Une blessure est faite à quelqu'un : est-ce par lui ? est-ce par d'autres ? Un homicide est commis : est-ce une mort volontaire ? est-ce un meurtre ? Je n'insiste pas. La première opération de l'instruction criminelle présente donc déjà des difficultés sérieuses.

C'est bien autre chose lorsqu'il s'agit de découvrir le coupable et de le convaincre. Eût-il été arrêté en flagrant délit par le plaignant, encore est-il possible qu'on lui impute une action qu'il n'a pas commise. Il a été vu commettant le crime; mais par qui ? par combien de personnes ? quelle confiance méritent-

elles ? Elles affirment, il nie : que faire ? Que faire surtout, lorsque l'auteur du délit n'a pas été surpris, arrêté sur le théâtre du crime ? lorsqu'il n'a été vu de personne, et qu'on est réduit contre lui à de vagues soupçons fondés sur de vagues conjectures ? Disons-le, l'embarras est extrême. Comment s'en tireront les hommes inhabiles, d'un esprit peu délié ? S'ils respectent surtout la justice, ils ne voudront ni frapper un innocent, ni laisser le crime impuni. S'ils la méprisent, ce ne sont plus des juges, mais des prévaricateurs ou des monstres. Ils manquent à leur mission sacrée en ne la remplissant point, ou en mettant le caprice et l'arbitraire à la place des faits et des lois. Faut-il donc s'étonner que les formes de la procédure criminelle aient d'abord été si défectueuses, et qu'ensuite tous les efforts des jurisconsultes, et les efforts les plus dignes d'éloge, se soient concentrés sur la question des preuves et de leur appréciation ?

Lorsque l'inculpé avouait le délit, tout était dit, on croyait du moins n'avoir plus rien à faire. On s'aperçut toutefois avec le temps que cet aveu ne suffisait pas, et l'on mit en principe qu'on ne pouvait plus condamner un accusé sur son seul aveu. Ce pas fut immense.

Et cependant cet aveu était regardé comme le couronnement de la procédure : il le fallait pour que la conviction du juge fût complète, pour que sa conscience fût en repos. Il le fallait surtout au point de vue de l'intérêt religieux du coupable ; il ne pouvait être envoyé devant le souverain juge la conscience chargée d'un crime aggravé d'un mensonge. Cet aveu,

nécessaire au tribunal de la pénitence, où la mort du pécheur n'est jamais demandée, mais son repentir et sa conversion seulement, est une condition nécessaire à l'efficacité de la sentence de ce tribunal de miséricorde, où le pécheur a tout à gagner et rien à perdre. Malheureusement l'inquisition, où l'accusé avait beaucoup à perdre et presque jamais rien à gagner, crut devoir exiger aussi l'aveu de l'accusé. La procédure civile ne se fit aucun scrupule de s'approprier cette exigence. De là une torture morale d'abord, celle du serment, qui précédait l'interrogatoire. De là, ensuite, la torture physique, si la torture morale ne produisait pas tout l'effet désiré. Il est vrai de dire que le serment de l'accusé et la question remontent beaucoup plus haut que l'inquisition; mais l'inquisition fut sans doute la principale autorité pour les âges qui en suivirent l'établissement.

Quoi qu'il en soit, grâce à l'imperfection des moyens d'instruction, ainsi qu'à une sorte de scrupule qui ne permettait pas de condamner un homme sans avoir obtenu l'aveu de sa culpabilité, mais qui permettait bien de condamner sur un aveu mensonger, précisément parce qu'il était arraché au milieu des tortures, on préférait faire endurer le supplice à un innocent plutôt que de s'exposer à relâcher un coupable ou à le punir sans l'aveu matériel et forcé de son crime. Le tout était de l'obtenir; peu importait la manière, ainsi que la vérité ou la fausseté possible de la déclaration. On voulait échapper par une injustice probable aux remords d'une injustice possible.

Cependant cette torture physique n'était qu'une

contre-épreuve de la torture morale : elle servait à confirmer ou à infirmer le serment de l'accusé lorsqu'il avait affirmé son innocence.

Ce même serment était déjà exigé que la question n'était pas encore établie, du moins pour les personnes libres. Il était alors contrôlé par les épreuves, c'est-à-dire par un miracle.

Mais comme le miracle se faisait rarement, et que le serment se faisait toujours, les hommes de cœur aimèrent mieux s'en rapporter à leur épée ; le combat fut donc offert et accepté comme preuve. C'était une superstition à la place d'une autre, mais moins grossière peut-être, quoique un peu plus brutale.

On finit cependant par reconnaître que le combat judiciaire ne prouvait pas plus que les épreuves, pas plus que le serment. On se contenta donc du témoignage, qu'on n'avait jamais rejeté, du reste, mais auquel on n'avait pas accordé assez d'importance. On ne renonça cependant pas encore à l'aveu de l'accusé, ni par conséquent aux moyens de l'arracher. La question fut donc maintenue pour le cas où la preuve testimoniale serait jugée insuffisante.

A la fin, la question fut supprimée, ainsi que le serment ; on se résigna à ne juger que sur les éléments qu'il était moralement permis d'obtenir, et à se contenter d'une probabilité sincère, du doute même, sauf acquittement, plutôt que d'asseoir une condamnation sur une probabilité factice et illégitime.

On le voit, l'instruction criminelle a commencé par se contenter d'un seul aveu de l'accusé. Quand elle ne pouvait l'obtenir, et que, du reste, les éléments de

conviction lui manquaient du côté du témoignage, elle n'a rien imaginé de mieux, dans sa crédule simplicité, que de s'en rapporter au serment de l'accusé. Cette pieuse illusion ne tarda pas à se dissiper ; mais on retombera dans une autre.

Trompé qu'on était par les hommes, on s'imagina qu'il suffisait de mettre Dieu de la partie, et que cette fois l'erreur ne serait plus possible. On crut donc qu'on pourrait intéresser sa justice au point de l'obliger à faire des miracles en faveur de la vérité et de l'innocence. On imagina les ordalies ou jugements de Dieu, les épreuves : on y soumit les accusés, quelquefois les témoins, pour s'assurer de la vérité de leurs déclarations, quoique revêtues déjà du sceau du serment.

Cette illusion nouvelle était destinée à être dissipée par les faits, comme l'avait été la première ; mais pour faire place à une autre encore, dont le caractère différait peu de la précédente. On substitua donc aux épreuves proprement dites une autre sorte d'épreuves, où Dieu semble avoir moins de part et l'homme davantage, mais où la force musculaire, l'adresse, l'agilité, la présence d'esprit, le courage peuvent se déployer sans que la justice et la vérité y soient pour rien. Le combat judiciaire eut cependant son règne.

Il dut tomber comme les deux autres genres d'épreuves. On recourut donc à une troisième, qui, cette fois, semblait décisive. Il s'agissait d'éprouver la conscience par la douleur. Celui-là fut regardé comme innocent qui avait pu supporter la torture à l'appui de sa déclaration. Celui, au contraire, qui n'avait pas eu

cette persévérance fut présumé coupable, et l'aveu qui lui était échappé au milieu des supplices était renouvelé librement, disait-on, une fois qu'il en était délivré ; il était alors convaincu. Ce qui ôtait quelque prix à cet aveu, c'est que le patient savait qu'il pouvait être remis de nouveau à la torture pour vider la contradiction dans laquelle il aurait pu s'engager.

Il fallut cependant réfléchir longtemps avant de renoncer à ce beau moyen de conviction : en vain des hommes de sens et de talent avaient dit et répété que la négation persévérante du patient pourrait bien ne prouver autre chose que la force de la constitution ou l'opiniâtreté du caractère, de même que l'aveu arraché par la douleur pourrait bien n'être dû qu'à la faiblesse physique et morale ; on ne se laissait pas persuader.

A la fin, cependant, il fallut y arriver, et renoncer à la torture comme on avait renoncé au miracle du combat judiciaire, à celui des épreuves, à la sanction du serment. On se décida donc à interroger l'inculpé avec justice, avec humanité même, mais avec habileté. On chercha surtout la vérité dans les dépositions des témoins, dans l'examen des faits, dans le rapprochement des circonstances, et l'on se résigna à renvoyer les accusés qu'on ne pouvait raisonnablement regarder comme coupables, après avoir usé pour les convaincre de ces moyens naturels d'arriver à une conviction.

V. Ce n'est pas tout : il s'agissait de convaincre non-seulement le juge instructeur, mais encore le tribunal qui devait prononcer la sentence dès qu'une fois l'on eut admis cette hiérarchie judiciaire. On comprend que

la recherche minutieuse, lente, incertaine, de preuves d'un délit imputé à un auteur présumé de ce délit, de celles de sa culpabilité réelle, ne peut être l'affaire d'un tribunal entier : il y perdrait son temps, et souvent sa peine. Il fallait donc que ces recherches préalables fussent faites par un ou plusieurs juges délégués, sauf à les reproduire vivantes ou mortes, parlées ou écrites, devant tout le tribunal. De là deux sortes de procédures, la procédure orale et la procédure écrite. Celle-ci se compose de procès-verbaux très détaillés, qui sont censés reproduire tous les accidents de l'interrogatoire de l'accusé, de celui des témoins, en généra tout ce qui peut avoir quelque valeur comme moyen de persuasion. C'est sur ces procès-verbaux, réitérés, affirmés convenablement, que le tribunal, loin de l'accusé, loin des témoins, à l'écart, et sans entendre d'autre défense que celle du magistrat instructeur lui-même, qui a mission de recueillir le pour et le contre; c'est en face de ces masses volumineuses d'écritures que le tribunal doit former sa conviction et porter sa sentence. Cette procédure est encore en vigueur dans la plupart des Etats de l'Europe.

Daus la procédure orale, au contraire, on distingue deux opérations essentielles : l'une préliminaire, qui consiste dans l'intruction suffisamment détaillée de l'affaire, mais qui ne s'attache qu'aux faits essentiels. D'après ces faits, le tribunal décide qu'il y a lieu à poursuivre ; le plaignant, l'accusateur public, l'accusé et les témoins comparaissent devant lui. Le drame judiciaire se déroule alors avec ordre dans toutes ses parties ; le juge qui doit prononcer ne perd rien de

tout ce qui en fait l'âme et la vie ; il peut tout apprécier par ses yeux, par ses oreilles ; tout ce qui se perçoit sans se décrire le frappe, lui parle, le persuade. L'accusé peut répondre à tout ; il y est invité, c'est son droit.

Une nouvelle garantie en faveur d'une saine justice criminelle, mais qui découle presque nécessairement de la procédure orale, c'est la publicité de ces débats ; publicité qui a, d'ailleurs, son côté instructif et moralisant pour le peuple.

Ajoutez à la publicité des débats la libre défense de l'accusé non-seulement par lui-même, mais encore par l'homme de son choix, qui connaît les lois, qui possède le talent de la parole, et qui se fait un devoir de conscience et d'honneur de consacrer ses forces au triomphe de l'innocence, ou à fléchir dans la mesure permise par l'intérêt public la juste sévérité des juges.

Enfin, si à la publicité des débats encore étendue par la liberté de la presse, si à la libre défense des accusés vient se joindre l'institution du jury, c'est-à-dire d'une assemblée d'hommes qui ne relèvent que de leur conscience, qui n'ont d'autre inspiration à suivre, pour lesquels il n'y a aucune de ces preuves dites légales en face desquelles la conscience du juge devait autrefois abdiquer ; que de chances en faveur du droit, en faveur de l'innocence surtout ! que d'améliorations progressives par conséquent !

CHAPITRE V.

Progrès du droit criminel, — sous toutes ses formes, — suivant les degrés de civilisation, — les temps et les lieux.

§ I

Progrès du droit criminel suivant les degrés de civilisation.

SOMMAIRE

1. Le *sauvage* fictif et le sauvage véritable.
2. Peu de variété dans les délits et les peines chez les sauvages. — Peu ou point de formes judiciaires. — Besoin des preuves sans théories des preuves. — Superstition mise à la place d'une investigation raisonnée. — Nature de la publicité des débats. — Le peuple, ou ses anciens, ou son chef. — Pas de défenseur officiel, ni même officieux. — Brièveté des débats. — Sentence irrévocable. — Exécutée quelquefois par le juge, ou par le peuple, ou par la partie plaignante, etc.
3. Chez les *barbares* : espèces d'intérêts, de délits et de peines en plus grand nombre. — Usages plus fixes ; — des lois mêmes, mais rédigées d'après l'expérience plutôt que d'un point de vue théorique, surtout en ce qui regarde les délits. — Peu ou point de classification. — Empirisme. — Peines peu variées, degrés nombreux ; — afflictives plutôt qu'infamantes ; — pécuniaires plutôt qu'afflictives. — Aristocratie, privilèges dans la pénalité. — Vengeance du sang, devoir : — solidarité ; — transaction, composition ; — circonstances du délit plus minutieusement que judicieusement appréciées. — Quelques scrupules sur les preuves, mais pas encore de théorie raisonnée. — Utilité de l'appel reconnue. — La justice commence à devenir un service public.
4. Caractère de la justice criminelle dans la *civilisation de l'Orient* : religion, théocratie, infini. — Large part faite aux péchés comme délits moraux. — Expiation, — épreuves, — asiles, — excommunication, — confusion profonde de l'ordre religieux et de l'ordre civil, etc.

5. **Différence des religions et des gouvernements chez les anciens peuples de l'Asie et chez ceux de l'Europe. — Influences diverses de ces croyances et de ces formes religieuses différentes sur la législation pénale : — en Grèce d'abord, à Rome ensuite. — Importance sentie de la liberté politique par rapport à la liberté civile, de la liberté civile par rapport à la liberté individuelle. — Esprit philosophique; — sentiment de l'équité; — peu de fanatisme. — Délits contre l'honneur; — peines infamantes, — mort civile, — délits moraux et religieux en plus petit nombre qu'en Orient, — système pénal plus tempéré, — formes judiciaires bien plus rationnelles. — Détails sur ces différents points.**

I. Le sauvage n'est pas l'homme de la nature, ou l'homme isolé : cet homme n'est qu'une fiction, une hypothèse qui peut avoir dans les sciences morales un usage analogue à celui des *fausses suppositions* en mathématiques, ou qui n'est qu'une exception si rare et si fortuite qu'elle ne doit pas nous occuper ici, où il ne s'agit que de faits.

Le sauvage véritable est donc un homme qui déjà vit de la vie commune ou sociale ; mais cette vie en est encore à sa plus simple expression : les liens qui unissent les membres de ces sociétés rudimentaires sont plus intérieurs qu'extérieurs; ils tiennent aux sentiments plus qu'à l'autorité. Ils sont peu fermes et peu nombreux, et cependant ils ne se brisent point.

Plus la vie sauvage est simple, plus le nombre des rapports d'intérêts et de droits est restreint. Ce n'est pas là qu'il faut chercher une grande variété des délits et des peines. Les offenses à la religion, aux mœurs, à l'ordre public y sont inconnues ; celles à l'occasion de la propriété se réduisent presque exclusivement au vol ; et celles qui portent immédiatement atteinte à

la personne par coups ou blessures, meurtres, forment à peu près tout le catalogue des délits contre les personnes.

Dans cet état social, l'intelligence des faits moraux n'est pas assez développée pour que les formes judiciaires soient très circonstanciées : simplicité, rapidité, tels sont les caractères de la procédure dans cette période de la civilisation.

On s'y met peu en peine de peser toutes les circonstances externes et surtout internes qui peuvent faire changer de face morale au même fait, depuis la simple contravention jusqu'au crime. Il n'y est pas question non plus de peser habilement les témoignages; mais déjà le besoin des preuves se fait sentir, et la superstition est le moyen employé pour sortir de l'incertitude; le serment, le duel ne viennent qu'après les épreuves. On a une foi déréglée en Dieu avant d'avoir une foi raisonnable aux hommes.

Les débats sont publics, naturellement ou parce que le contraire est difficile, plutôt que par principe; la tribu n'est encore qu'une grande famille. Elle manque d'ailleurs d'établissements publics analogues à nos palais de justice; les débats ont lieu sous la voûte du ciel. Le sauvage, aussi avide d'émotions que paresseux, ne manque pas cette occasion de s'en procurer.

Mais ce spectacle ne lui est donné que lorsqu'il existe déjà une justice publique; car la justice est d'abord privée et domestique. Elle est ensuite rendue tumultuairement par le peuple, ou plus solennellement par les anciens du peuple, où par le chef de la tribu s'il en existe un, ou par ce chef assisté des an-

ciens. C'est la justice populaire, la justice patriarcale ou royale. Puis elle est déléguée soit à un collège de prêtres, soit à de simples particuliers qui jouissent de la confiance du chef, ou qui sont demandés pour juges par les parties. Ce dernier mode peut même précéder la justice rendue par les délégués du chef de la tribu ; il suffit que ce chef autorise les parties à se choisir des juges, ou qu'il tolère cet usage. A Fez, les habitants de la montagne de Magnan arrêtent les passants pour juger leurs procès sur-le-champ.

L'usage légal des défenseurs n'a dû s'établir qu'assez tard, c'est-à-dire lorsque la différence de culture intellectuelle a été très marquée, que les lois ont été établies, que le juge n'a pas été lui-même le législateur et à dû conformer sa sentence à la loi, lorsqu'enfin la justice a été l'objet d'une certaine réflexion, et que les juges ont plus appréhendé de condamner un innocent que d'absoudre un coupable. Chez la plupart des peuples orientaux, la profession d'avocat est inconnue. A Siam, on ne permet pas même aux parents de plaider[1].

Les débats ne sont pas longs : la passion et l'instinct délibèrent peu. La sentence une fois prononcée, est exécutée sans délai, quelquefois par le juge lui-même, qui est aussi pouvoir exécutif ; d'autres fois par les parties plaignantes, par les témoins, par le public, et même par les parents[2]. Il faut que la justice se fasse ;

[1] Chevreau, *Hist. du monde*, t. VII, p. 275.

[2] La femme adultère est exécutée par ses proches chez certaines tribus de l'Inde. (Dubois, *Mœurs, institutions, etc., des peuples de l'Inde*). Il est vrai que les Indiens ne sont pas des sauvages. Mais cette coutume se

c'est un bien à l'accomplissement duquel chacun peut coopérer. Ce n'est qu'à la suite de certains préjugés religieux ou civils que l'impureté ou l'ignominie atteint l'exécuteur des sentences judiciaires. A cette époque même, cette partie du service public ne constitue pas encore nécessairement une profession. Certains avantages momentanés y sont attachés, par exemple de s'approprier légalement tout ce qu'on touche en courant parmi les habitations ; ces avantages suffisent pour qu'on trouve des hommes qui les convoitent, surtout si l'expiation vient effacer la souillure.

En résumé : on voit peu de délits, peu de peines chez les sauvages. La pénalité y est arbitraire ; c'est à peine s'il existe des usages à cet égard, et leur force n'a rien de bien puissant contre les caprices d'un chef. Si la tribu a un caractère plus républicain que monarchique, les usages sont plus forts et plus constants, parce que les masses sont plus routinières que les individus.

La vengeance personnelle laisse moins à faire à l'autorité que dans des Etats de civilisation supérieure. Quelquefois même elle y est reçue comme un usage : le pouvoir se contente de lui prêter main-forte ; l'opinion est pour elle, et contre le recours à la vindicte publique. On met son honneur à se venger et à ne pas se plaindre.

Alors les membres de la famille, les amis se lient d'un lien plus étroit ; ils font cause commune, et l'im-

rencontre aussi chez ces derniers dans les tribus américaines où les délits domestiques sont abandonnés à la justice de la famille.

putabilité cesse de prendre un caractère personnel : la solidarité prend naissance et s'étend outre mesure.

Les usages, s'il en existe, sont tout ; les lois ne sont pas autre chose ; ou plutôt il n'y en a pas.

II. Dans l'état de barbarie, au contraire, il y a des coutumes plus fortement établies, ayant non-seulement le caractère d'habitude, mais encore l'autorité des lois. On professe déjà pour elle un certain respect, on en réclame l'application ; elles constituent un droit, le droit commun, que tout le monde peut invoquer. A la fin, elles sont même mises par écrit, promulguées par l'autorité compétente, et prennent ainsi le caractère parfait de lois véritables.

Le nombre des délits se multiplie en raison de celui des intérêts ; déjà les délits politiques prennent rang dans la liste fatale. Le nombre des délits à l'occasion des choses augmente considérablement ; mais celui des attentats contre les personnes s'étend bien davantage encore : on devient plus susceptible et plus délicat.

Les mœurs et la religion commencent à être placées sous la protection du prince.

On ne se borne pas à former des catégories ; le législateur ne généralise pas encore à un très haut degré ; il observe et enregistre des espèces particulières. Le code des lois barbares se fait ainsi progressivement, suivant que les circonstances l'inspirent. De là son caractère de détail et le désordre qui y règne.

Les peines sont nombreuses, mais peu variées encore ; elles appartiennent presque toutes d'abord au genre *afflictif :* c'est la fustigation, la bastonnade, la mutilation ; le talion en suggère un bon nombre. Plus

tard l'intérêt, mieux avisé, les convertit toutes ou presque toutes en peines *pécuniaires*. La simplicité est encore plus grande quant au genre, en même temps que la divisibilité naturelle de la peine permet une très grande variété quant aux degrés. La liberté supplée à l'argent : on devient esclave jusqu'à complet paiement.

Une nouvelle différence entre la pénalité des sauvages et celle des barbares, c'est qu'elle est la même pour tous chez les premiers, tandis qu'elle varie chez les seconds suivant les castes, les conditions et l'importance des sujets lésés [1].

La vengeance du sang y devient un devoir, une affaire d'honneur, d'une affaire de passion qu'elle était d'abord. Mais ce devoir peut transiger sans honte, et faire payer le sang par autre chose que le sang.

La solidarité prend un nouveau caractère : elle ne se fonde plus sur ce que la cause du coupable est épousée par d'autres, mais sur ce qu'il aurait dû en être empêché : elle prend un caractère en apparence plus moral; mais cette plus grande moralité ne se trouve réellement qu'en ceci : c'est que d'abord on s'associe au crime, et qu'ensuite on se borne à ne pas le prévenir par une meilleure éducation ou par de bons conseils. Le progrès est dans les mœurs bien plus que dans la loi.

Les circonstances du délit commencent aussi à être appréciées ; mais on les mesure, on les apprécie plu-

[1] Voir, sur ce point, M. GUIZOT, *Essais sur l'hist. de France*, p. 192,

tôt mathématiquement que moralement : c'est l'étendue de la plaie, le poids d'un os du crâne, déterminé par le bruit de sa chute sur un bouclier, mais pas encore le degré de liberté et de mauvaise intention, qui forment la base de cette appréciation.

On devient également plus scrupuleux sur les preuves ; on ne veut plus condamner sur de simples présomptions. A défaut du témoignage humain, on recourt à celui de Dieu ; on imagine, ou plutôt on étend le système des épreuves ; la piété s'empare du serment, et, en désespoir de cause, on recourt au combat judiciaire.

L'utilité de l'appel se fait sentir ; mais ce n'est d'abord qu'une sorte de prise à partie : on n'est pas satisfait de la sentence, on croit même avoir été injustement condamné, et l'on demande raison au juge lui-même de sa partialité, ou l'on prétend le punir de sa légèreté ou de son ignorance.

Déjà cependant la justice prend un caractère de service public ; en attendant que le juge reçoive des épices, le chef de la tribu ou le seigneur se fait payer le droit qu'il laisse de poursuivre le délinquant, ou la protection qu'il accorde contre lui. Cependant la judicature est plus encore un honneur ou une charge qu'un office ; les conseillers ou assesseurs du baron ou du comte ne sont pas encore des juges de profession ; mais ils chercheront à se faire remplacer dans ces honorables fonctions par des hommes de goûts plus pacifiques, plus studieux et plus sédentaires.

III. L'Orient se distingue par l'importance du rôle de l'idée religieuse dans la justice criminelle comme

dans tout le reste de ses institutions. Les délits contre la religion y tiennent une grande place ; la judicature est unie au sacerdoce ou lui est subordonnée. La morale pénètre le droit, l'inspire. Les délits sont avant tout des péchés, et les peines des expiations. Ce n'est plus l'homme qu'on venge, c'est la Divinité. De là un caractère parfois terrible dans les peines. Les prêtres sont donc les juges naturels. Et grâce à leur science inspirée, à la puissance surhumaine dont ils sont revêtus, ils possèdent le secret redoutable ou précieux de satisfaire le courroux du ciel ou de l'apaiser. Ces confidents de la Divinité font trembler les rois sur leurs trônes, et les convertissent en instruments de leur ambition. Tout prend une teinte religieuse ou mystique plus prononcée. Les peines redeviennent en partie afflictives ; et ce n'est que par une sorte d'indulgence qu'elles peuvent être converties en pécuniaires. L'idée de sacrifice, de sacrifice sanglant, de douleur expiatoire, se mêle à celle de la pénalité, la rend complexe, en devient même l'élément principal. Le serment est accompagné cette fois d'une sanction religieuse ; des peines horribles attendent le parjure dans une autre vie ou déjà dans la vie présente. Les imprécations les plus fortes, les plus propres à frapper les imaginations président à cet acte religieux. Les épreuves sont accompagnées de cérémonies pieuses ; les prêtres sont dépositaires de la substance redoutable qui doit faire éclater miraculeusement la justice ; seuls ils en possèdent le secret ; ce sont eux qui la composent et qui l'administrent ; ce sont eux qui en constatent l'efficacité et qui prononcent.

Les asiles sont institués au nom de la religion ; des prêtres en sont les gardiens et les directeurs ; la violation de ces asiles devient un crime contre la religion, contre les dieux, enfin un sacrilège.

L'excommunication est rangée parmi les peines civiles ; elle y joue un rôle analogue au bannissement [1]. C'est une pénalité terrible aux époques de foi. L'interdit viendra quelque jour la rendre plus redoutable encore ; et pour en ménager l'emploi, on la distinguera en majeure et en mineure, suivant le nombre et l'étendue des droits qu'elle devra anéantir.

On pourrait croire que l'idée religieuse, en introduisant dans la liste des délits une foule d'actions ou d'omissions qui n'appartiennent pas à la vie civile, en donnant aux peines un caractère expiatoire, en les exaspérant sous prétexte de venger la Divinité, en donnant aux épreuves un aspect plus religieux, en y mêlant plus d'artifice, en les rendant par conséquent

[1] On distinguait vingt-quatre causes d'excommunication chez les Juifs : mépriser un sage, même après sa mort ; insulter un ministre public de la justice ; appeler esclave un homme libre ; ne pas comparaître à une assignation judiciaire ; se moquer d'un point de doctrine établi par les scribes ou par la loi ; ne pas exécuter un jugement rendu ; garder chez soi ce qui peut occasionner aux autres du dommage, un chien qui mord, une échelle brisée ; vendre son domaine à un gentil, à moins qu'on ne répare le tort qu'un israélite pourrait en ressentir ; être témoin contre un juif devant un tribunal d'idolâtres, pour l'obliger à payer une somme qui ne serait pas due suivant les lois d'Israël ; immoler, si l'on est sacrificateur, sans mettre à part ce qui appartient aux prêtres ; profaner dans la captivité une fête du second ordre, l'usage même y autorisât-il ; travailler dans l'après-midi la veille de la Pâque ; prononcer hyperboliquement le nom de Dieu, soit par défaut de réflexion, soit avec serment ; être cause que ce nom est profané par le peuple ; être cause que les choses saintes sont mangées hors des lieux saints ; calculer hors de sa patrie, autrement qu'elles ne sont fixées, les années ou les mois, etc.

plus respectables et moins manifestement inutiles : on pourrait croire, disons-nous, que c'est moins là un pas en avant qu'un pas en arrière, et que la législation criminelle de l'Orient est inférieure à celle des barbares. Ce serait une erreur.

Il ne faut pas confondre l'application abusive d'un sentiment élevé et d'une idée vraie avec cette idée et ce sentiment même. Il faut se garder surtout de convertir en mérite positif ce qui n'est qu'un mérite négatif. Expliquons-nous. Les sauvages ne punissent qu'un petit nombre de délits, n'ont que fort peu de peines, et ne recourent que rarement aux épreuves. Dans l'état de barbarie, les délits légaux sont plus nombreux, les peines plus variées déjà, les épreuves plus fréquentes. En un mot, il y a plus de simplicité dans la pénalité et la procédure des sauvages que dans celle des barbares ; cette pénalité et cette procédure offrent moins d'imperfections à certains égards chez les premiers que chez les seconds : il est certain qu'une institution ne peut avoir des vices qu'à la condition d'exister. Dira-t-on, cependant, qu'il y a plus de progrès à manquer d'une institution vicieuse, mais dont l'idée fondamentale est vraie, que de la posséder encore remplie d'imperfections ? A ce compte, les animaux seraient beaucoup plus avancés que l'homme. Mais sans prendre un terme de comparaison en dehors de l'humanité, qui ne voit que la prétendue supériorité qui semble exister dans ce cas au profit des sauvages tient uniquement à la faiblesse de leurs conceptions et de leur intelligence, ainsi qu'à l'imperfection de leur état social ? S'ils n'ont qu'un petit nombre de

délits, c'est qu'ils ne comptent que peu d'intérêts susceptibles d'être lésés; leur sensibilité ne tient pas, comme celle des peuples civilisés, à une foule de choses par lesquelles on puisse l'atteindre. N'étant pas développée, elle présente pour ainsi dire une moindre surface aux lésions; mais aussi elle en présente moins aux jouissances. Si les délits ne sont pas soigneusement distingués, et si les espèces n'en sont pas multipliées outre mesure et mathématiquement déterminées pour ainsi dire, c'est qu'on ne sent pas encore le besoin de les distinguer, d'en apprécier la gravité pour y appliquer une peine proportionnée. Même observation pour la simplicité excessive des peines. Elles pèchent peu par des distinctions arbitraires ou fausses, mais elles pèchent plus grièvement par le défaut même de distinction ou de proportion. Les sauvages ne s'égarent point, au même degré du moins, dans l'emploi de preuves qui ne sont que de cruelles déceptions; mais au moins ceux qui se trompent dans la recherche des preuves conçoivent qu'elles sont nécessaires, et cherchent à les acquérir.

Il faut raisonner de même pour apprécier l'avantage apparent qu'aurait la pénalité des sauvages et des barbares sur celle des Orientaux, en ne faisant pas jouer à l'élément religieux un rôle aussi considérable dans leur justice criminelle. Ce n'est pas que les barbares et les sauvages l'en excluent par sagesse ou par réflexion; c'est tout simplement qu'ils ne l'y font pas entrer parce qu'ils ne le possèdent pas encore à un degré suffisant pour lui accorder cette influence. En rattachant la pénalité au sentiment religieux, les Orien-

taux ont d'abord prouvé qu'ils étaient doués de ce sentiment à un très haut degré ; ils ont senti, de plus, qu'il y a entre le péché et la peine une haute harmonie, une harmonie morale et religieuse. Voilà leur supériorité incontestable. Où est donc leur erreur? Dans l'application de cette idée à l'ordre social par voie d'autorité civile. En d'autres termes, dans la non-distinction de l'ordre moral ou religieux et de l'ordre civil : il aurait fallu laisser à la religion et à la morale leur part distincte dans l'ordre des actes humains et de leur sanction pénale. Mais ce n'est là qu'une erreur d'application, une confusion. Or, on ne confond que les idées qu'on possède, et c'est un avantage de les posséder, à un haut degré surtout. Ce n'est que peu à peu que la lumière se fait dans l'intelligence humaine : les différents ordres d'idées sont d'abord tellement confus, qu'aucun ne donne nettement conscience de lui-même ; puis il vient un moment où cette conscience existe, mais où la distinction pratique semble d'autant moins possible que les idées d'un ordre donné semblent dominer complètement celles d'un autre ordre ; il est même vrai qu'elles les dominent en effet, mais dans la raison et la conscience individuelle. Aussi, dès que le moment d'opérer la distinction est venu, on voit clairement que c'est la conscience et la raison qui la réclament, que l'ordre social est institué en partie pour protéger les droits de la conscience religieuse, et non pour l'asservir. Mais pour arriver là, il faut avoir compris que la religion n'est point extérieure; qu'elle est essentiellement interne, personnelle ; indéfiniment variable suivant les intelligences,

les cœurs et les aptitudes; que cette diversité existe encore alors même que l'enseignement religieux est objectivement ou extérieurement un, parce qu'il ne convainc pas également tous les esprits, et n'en est pas également compris. Ce n'est qu'après avoir bien reconnu ces faits qu'on reconnaît ensuite les droits qui en sont la conséquence, et qu'on règle la société extérieure sur les seules bases de la justice, reléguant la religion et la morale dans le sanctuaire de la conscience individuelle, d'où elle ne peut sortir ni être arrachée; ses formes seules peuvent avoir une existence extérieure, mais elles cessent d'être ses formes véritables, et n'ont plus qu'une valeur de fantaisie partielle ou de caprice tyrannique, si elles ne sont pas l'expression spontanée des consciences.

Nous n'entrons point dans des considérations plus détaillées sur l'esprit de la justice criminelle dans la civilisation orientale. En descendant plus bas, il nous faudrait pénétrer dans des distinctions nombreuses, faire ressortir ce qui distingue la justice criminelle d'un peuple de l'Orient de celle de tous les autres peuples des mêmes régions. Ce travail serait long, ingrat, peu utile à la conclusion qui nous occupe, et nous entraînerait inévitablement à des répétitions. Il suffit de lire avec quelque attention les dispositions pénales ou de procédure des différentes législations de l'Orient, telles que nous les avons données chacune en son lieu, pour s'apercevoir qu'elles n'ont pas toutes la même valeur, et que leur supériorité relative, assez d'accord avec la succession des temps, est à peu près marquée par l'ordre même où nous les avons présen-

tées. Mais toutes, à l'exception d'une seule peut-être, celle de la Chine, portent une profonde empreinte religieuse, et par là surtout se distinguent des législations criminelles des deux premières périodes de la civilisation, de la période où le *sentiment de l'individualité* règne au plus haut degré, et de celle où la *sociabilité*, déjà régie par une *idée* au lieu de l'être seulement par *instinct*, est principalement soumise à l'*idée de l'utile*. L'*idée religieuse* marque la troisième période, et prépare celle où l'*idée du droit* régnera, en attendant que l'*idée morale et religieuse* vienne exercer une douce et libre influence, après avoir cessé de commander en tyran et avoir ensuite été repoussée trop exclusivement peut-être. La civilisation gréco-romaine exprime la transition du règne de l'idée religieuse au règne de l'idée du droit.

IV. La Grèce porte encore une profonde empreinte religieuse, Athènes surtout. Mais il y a cette première différence entre la religion grecque et celle de l'antique Orient, que là c'est la religion du fini, du multiple, tandis qu'ici c'est celle de l'infini, de l'un. L'Orient ne croit généralement qu'à un seul Dieu, que ce soit le vrai Dieu avec son infinité, ou le Dieu tout, la nature entière avec son immensité. La Grèce divise Dieu, le multiplie, le rend fini, lui donne des formes, et des formes humaines. L'Orient avait commencé à le faire à l'image de l'homme, mais en ne lui donnant encore que l'âme humaine; la Grèce acheva cette œuvre, en lui donnant une sorte de corps. Les dieux devinrent ainsi plus semblables à l'homme. Il y eut, à cette nouvelle forme des croyances, avantages et incon-

vénients. La religion fut moins terrible, et l'esprit humain sembla gagner ce qu'il faisait perdre à la Divinité. Mais il lui fit tant perdre, que les dieux devinrent presque un objet d'amusement pour les hommes; l'art s'empara des croyances, les arrangea suivant les caprices de la fantaisie et les besoins des passions. La religion fut un instrument pour les particuliers comme pour les gouvernements. Car c'est encore une différence notable entre la religion de l'Orient et celle de la Grèce, que la première dominait la politique, tandis que la seconde la servait. Dans l'Orient, le pontife mène le prince; en Grèce, le prince mène le prêtre. L'imagination, moins écrasée par le polythéisme que par le panthéisme, dut laisser à l'homme plus d'énergie, un sentiment plus net du libre arbitre, et un besoin plus prononcé de la liberté extérieure. Le polythéisme grec était moins favorable au despotisme que le panthéisme oriental. De là une raison puissante de la différence des formes gouvernementales de ces deux civilisations. Cette raison explique aussi, pour sa part, l'activité si variée de l'esprit grec, et l'inertie contemplative de l'esprit oriental. Le prêtre, le philosophe et l'artiste grecs déterminent les dieux auxquels leur imagination s'attache; ils croient en découvrir les attributs en les déterminant; le prêtre, le philosophe et l'artiste de l'Orient s'absorbent et se perdent dans le leur. Le Grec se traduit et s'idéalise dans ses divinités; l'Oriental perd ses déterminations propres et s'évanouit dans le Brahm de l'Inde, dans le Temps-sans-borne de la Perse, dans le Tao de la Chine, dans le Pan égyptien, dans l'Ensoph de la Kabbale.

Avec des formes politiques aussi diverses que la démocratie et le despotisme, avec des croyances aussi opposées que celles de la fatalité et du libre arbitre, avec des religions dont l'une commande et l'autre obéit à la politique, la législation criminelle ne pouvait être la même. Aussi le sentiment de la liberté donna-t-il à celui du droit un haut degré de développement. On reconnut l'importance extrême de la liberté politique par rapport à la liberté civile, et le prix de la liberté civile par rapport à la liberte individuelle. On aima les institutions publiques parce qu'elles étaient en harmonie avec les besoins, les intérêts et les droits des individus. Aux délits contre les personnes et les biens privés se joignirent les délits contre la chose publique. La liberté devint presque aussi jalouse que la tyrannie avait été ombrageuse. Si elle eut parfois des sévérités excessives en ce point, il faut reconnaître qu'à cet égard même, elle ne fut déjà pas plus sanguinaire que le despotisme oriental, et que pour tout le reste, elle fut beaucoup plus équitable. Elle fit un grand usage d'un genre de peines que le régime despotique pouvait difficilement établir, celles qui flétrissent l'honneur en privant de l'exercice des droits politiques. Quoique l'esclave ait aussi son amour-propre, cet amour-propre est cependant placé trop bas pour qu'il puisse être un ressort entre les mains du législateur. Il aspire d'ailleurs à descendre, tandis que celui des républiques tend à monter. Il y aurait contradiction à punir le premier en l'élevant ; mais on peut punir le second en l'abaissant.

La religion était pour les Grecs et les Romains une

institution publique ; pour les Orientaux, l'Etat était une institution religieuse. Chez les premiers, on aimait la religion comme faisant partie de la république ; chez les seconds, on redoutait l'Etat comme une expression particulière du pouvoir absolu du sacerdoce. Le fanatisme des uns était encore du patriotisme ; le patriotisme des autres n'était toujours que du fanatisme. Mais le patriotisme étant de sa nature moins propre à dégénérer en fanatisme que le zèle religieux, il s'ensuit qu'il y eut plus de patriotisme exempt de fanatisme religieux dans l'ancien monde de l'Occident, et plus de fanatisme religieux sans patriotisme dans l'ancien monde de l'Orient. L'élément le plus fort de cette double passion absorbait l'autre, et le faisait presque disparaître à force de l'assimiler.

Si la législation grecque et la romaine s'occupèrent de la religion et de la morale, si elles eurent encore leurs délits et leurs châtiments à cet égard, ces délits eurent plus de rapport avec la vie sociale, tandis qu'en Orient, ils avaient un caractère plus privé ou qui tenait davantage de la superstition. Dans les cas où le délit portait le même nom, par exemple dans l'athéisme ou le parjure, les motifs de le mulcter étaient différents : il s'agissait, en Orient, de venger la Divinité ; en Occident, de conserver des croyances religieuses comme garantie des intérêts sociaux. Si la législation orientale s'occupe des mœurs, c'est sous le rapport religieux, alors même qu'il s'agit d'actes qui touchent à l'ordre public ; mais elle fait aussi entrer les prescriptions du culte même, du culte privé, dans la loi civile. Chez les Grecs et chez les Romains, au contraire, le

culte est encore une affaire d'intérêt public, et la loi, dès lors, s'occupe fort peu du culte privé, et ne s'attache au culte public que dans ses rapports avec le bon ordre général. Quant aux mœurs, c'est le même motif encore qui anime les deux législations; il s'agira, en Orient, de la manière d'accomplir certains actes pour les rendre plus purs, d'éviter certaines actions socialement indifférentes, d'en pratiquer d'autres qui n'ont pas plus d'importance publique ou privée. En Grèce, à Rome, on réglera la dépense, on fera des lois somptuaires, non plus par un esprit d'ascétisme mystique, mais par des considérations d'économie sociale bien ou mal entendue.

Les délits se distinguent en publics et en privés, et le droit de poursuivre les premiers appartient à tout le monde. De cette manière, l'intérêt public est confié à la vigilance de tous. Des hommes préposés au respect des lois et des droits du peuple sont même établis sous le nom de thesmothètes, d'éphores et de censeurs. L'action publique peut être abandonnée par l'un et reprise par l'autre. L'action privée, au contraire, ne pouvant être intentée que par l'intéressé, s'il l'abandonne ou s'il transige, tout est fini.

Les débats sont publics, l'accusé peut se défendre lui-même ou faire parler pour lui; il peut, s'il est menacé d'une condamnation, ou prendre la fuite, ou proposer à ses juges le genre de peine qu'il préfère.

Les tribunaux sont composés de citoyens et d'égaux. Des formes protectrices sont établies; mais il n'existe pas encore de procédure préliminaire, point de magis-

trat chargé de recueillir les éléments de la cause et d'en faciliter la connaissance.

Malheureusement la procédure grecque fut déshonorée par la torture. Il est vrai qu'elle ne s'exerçait, dans le principe, que sur les esclaves : c'était une des conditions de l'admissibilité de leur témoignage ; souvent même leurs maîtres, dans l'intérêt de leur propre cause, les offraient à la question. Parce que la société les avait injustement avilis, elle se trouvait dans une sorte de nécessité de les avilir encore en ne leur supposant ni honneur ni conscience, et en les traitant comme des êtres dépourvus de raison, qui ne cèdent qu'à la sensibilité et à la douleur. On a dit mal à propos que le maître qui soumettait ses esclaves à la torture pour les faire déposer en sa faveur leur supposait trop de magnanimité, et qu'il courait la chance d'en être accusé, n'eût-ce été que par la vengeance ; la réflexion serait juste si l'esclave n'avait pas dû retomber sous son maître ou sous son héritier, après la torture ; elle serait juste pour le cas où le délit emportait confiscation des biens de l'accusé. Mais alors le maître était sans doute moins prodigue des souffrances de ses esclaves. Les hommes libres payèrent plus tard l'iniquité de la torture, en s'y trouvant eux-mêmes soumis.

Ce vice n'empêche pas qu'en somme, le droit pénal des Grecs n'ait été un progrès considérable sur celui de l'Orient : les délits légaux étaient plus naturels, mieux choisis, mieux classés ; les peines étaient plus douces et mieux appropriées aux délits ; les tribunaux étaient mieux composés, présentaient plus de garan-

tie d'équité ; les actes de la procédure étaient plus nombreux et plus sages, les preuves moins incertaines (car la torture elle-même, comme moyen d'instruction, est supérieure aux épreuves) ; la défense plus sacrée ; les débats plus instructifs pour le peuple, et leur publicité plus rassurante pour l'accusé. La distinction des délits en publics et en privés, et les conséquences qui en découlaient quant à l'accusation, furent aussi une amélioration considérable.

V. Les Romains n'eurent pour ainsi dire qu'à perfectionner cette législation pénale. Le système de répression exposé dans les Douze Tables fut fort dur ; mais les mœurs publiques, en s'adoucissant, apportèrent de grands changements dans les lois criminelles. L'esprit d'équité, si remarquable de sagacité et de justesse, si conscient de lui-même dans le droit civil, où il se montre presque à l'état de science mathématique, ne pouvait rester sans influence sur le droit criminel. Ici, comme là, le droit romain mérite souvent le nom de raison écrite. Les délits, à l'occasion des choses surtout, sont punis avec beaucoup plus de sagesse que dans l'Orient ; c'est un préjudice occasionné qu'il s'agit de réparer, et une peine analogue à subir. La peine était essentiellement pécuniaire. Dans les délits contre les personnes et la chose publique, contre la religion, contre les mœurs, la pénalité, au contraire, avait plutôt un caractère afflictif, civil ou politique.

Les jurisconsultes romains posèrent avec plus de précision qu'on ne l'avait fait avant eux les différents points de vue sous lesquels le juge doit envisager le délit pour en mieux apprécier la culpabilité.

La philosophie, la philosophie stoïque surtout, apporta plus de rectitude logique et des notions plus précises de justice à l'esprit romain, d'ailleurs si positif et si pratique. C'est aux jurisconsultes formés à cette école, où Cicéron, Sénèque, Epictète, Marc-Aurèle les avaient précédés, qu'on doit ces maximes protectrices : qu'il vaut mieux laisser un coupable impuni que de s'exposer à condamner un innocent; qu'un seul et même délit ne peut être poursuivi plusieurs fois ; que nul ne doit être condamné sans avoir été entendu; que ce n'est pas en accusant, mais en prouvant son innocence, qu'on se justifie; que la faute du père ne doit point peser sur le fils; etc. [1].

La publicité de la procédure, la participation des citoyens à la judicature, le droit d'accusation conféré à tous citoyens dans tous les cas où la chose publique était intéressée, sont les principaux points de la procédure grecque et de la romaine. Mais ces actes judiciaires gagnèrent encore en passant d'Athènes à Rome. L'accusation, ses formules, les opérations de l'enquête étaient éclairées et contrôlées par la publicité. Tous les actes de l'accusation étaient notifiès à l'accusé, assisté de ses défenseurs, qui pouvait les contredire. Les témoins n'étaient entendus qu'en présence des deux parties; enfin, les débats judiciaires avaient lieu

[1] « Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare» (D., l. 5, *De pœnis*).— « Ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret » (Ib., l. 14, *De accusationibus*). — «Neque inaudita causa quemquam damnari æquitatis ratio patitur » (Ib. l. 1, *De requirend, reis.*) — « Non relatione criminum sed innocentia reus purgatur. » (Ib., l. 5, *De publicis judiciis*). — « Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest » (Ib., l. 26, *De accusationib.*)

sur la place publique. Ces garanties données à l'accusé étaient excessives; elles paralysaient les actes de l'instruction, et la faisaient quelquefois avorter.

La participation des citoyens aux jugements criminels fut, comme les autres droits du peuple romain, une conquête sur le pouvoir exécutif et sur le sénat; les rois, les consuls, les patriciens se virent successivement dépouillés du privilége exclusif de juger les affaires criminelles. Le peuple, une fois investi d'un droit auquel il avait toujours eu d'ailleurs une certaine part, put lui-même le déléguer. Les juges nommés par le préteur n'étaient pas moins pris parmi les membres de la cité, et agréés des accusés. Seulement, ils ne pouvaient être choisis que dans certaines catégories déjà privilégiées. Ces juges, trop haut placés pour ne pas partager l'ambition, la crainte ou les espérances des hommes de parti qui divisèrent Rome dans les derniers temps de la république, devinrent d'une partialité et d'une vénalité révoltantes. Ce n'était point la faute de l'institution, c'était celle de son imperfection, celle du temps et des mœurs surtout. Si le droit de siéger comme juge avait appartenu à tous les citoyens éclairés, la corruption eût été moins facile, et la partialité moins à craindre.

Des abus analogues vicièrent l'accusation publique, et par les mêmes raisons. Elle fut, en outre, impuissante ou inerte dans beaucoup de circonstances: l'accusateur public, par cela seul qu'il était obligé de jouer les rôles de plaignant, de juge d'instruction et de ministère public, avait trop à faire pour s'engager facilement dans une entreprise qui avait ses périls. On

conçoit donc qu'un grand nombre de délits, susceptibles d'ailleurs d'être poursuivis par l'action publique ne le fussent pas du tout.

§ II

Progrès du droit criminel sous l'influence du christianisme et de la philosophie.

SOMMAIRE

1. Sentiment de la miséricorde ajouté à celui de la justice.
2. Caractères de correction, de proportion, d'égalité donnés à la peine.
3. Dispositions du Code Théodosien qui confirment ce qui précède.
4. Distinction entre l'esprit du christianisme et celui des communions chrétiennes.
5. Le christianisme fait l'éducation du monde barbare, — contient et moralise le monde féodal, — tempère les royautés absolues, — prépare l'émancipation des peuples par les monarchies constitutionnelles et les républiques.
6. Justices ecclésiastiques préférées aux seigneuriales. — Leur supériorité. — Leurs torts et leurs défauts relatifs.
7. Heureuse influence de la philosophie du XVIIIe siècle sur la législation criminelle.

La civilisation gréco-romaine se distingue des précédentes, dans ses lois criminelles surtout, par une application plus réfléchie, plus constante et plus systématique de la notion du droit. L'esprit éminemment politique des Romains les avait initiés de bonne heure à l'idée réfléchie de la justice ; la philosophie stoïque acheva leur éducation à cet égard.

Le christianisme vint y ajouter le sentiment de la miséricorde ou de la pitié. Son influence n'est guère moins sensible dans le droit criminel que dans le

droit civil [1]. Elle se manifeste de trois manières principales : en donnant à la peine un caractère de correction, en la proportionnant avec mesure à ce résultat, et en la déclarant également méritée par tous. Amélioration du coupable par la peine, proportion de la peine à l'étendue du mal moral, égalité dans la peine : telles sont les trois grandes tendances que l'esprit chrétien a fait passer de sa propre discipline dans le droit criminel. Il a fait pénétrer la morale dans le droit, d'abord par influence, ensuite par autorité, enfin par influence encore. Mais il y a cette différence entre son influence primitive et son influence ultérieure, que la première était acceptée sans réflexion, sans distinction de titre, avec penchant même à lui reconnaître déjà un caractère d'autorité, tandis que la seconde est reconnue pour être parfaitement distincte de toute autorité juridique, pour n'avoir qu'un caractère purement moral ou d'indulgence.

Si l'on veut constater plus positivement les traces du christianisme dans la législation criminelle, il n'y a qu'à rechercher les principes qu'il y a introduits et les dispositions qu'il a suggérées.

Quant aux principes, il en est d'abord qui avaient été proclamés par les jurisconsultes païens, au nom du droit pur, et que le christianisme ne pouvait que recueillir et sanctionner, tant ils étaient déjà conformes à son esprit. Il en est d'autres qui sont plus spécialement marqués de cet esprit, et dont il est juste de lui

[1] Il est très regrettable que M. Troplong n'ait pas étendu sa belle étude jusqu'au droit criminel. C'est une seconde partie d'un tout, qu'il ne peut guère manquer de donner un jour.

faire honneur. Tels sont les suivants, que nous donnons seulement à titre d'exemples : « Lorsqu'il est question de délit, on ne doit plus distinguer entre les dignités et les conditions ; il faut ou que la peine soit promptement infligée si le détenu est coupable, ou qu'une longue détention préventive ne fasse pas souffrir un homme qui doit être renvoyé absous ; la prison est toujours une chose dure pour des innocents ; tous les dimanches des juges visiteront les prisons et veilleront à ce que les geôliers endurcis ne fassent souffrir aucun traitement inhumain aux détenus ; la torture ne peut être infligée pendant le carême ; aucune peine corporelle ne sera infligée pendant le même temps ; le jour de Pâques sera un jour d'amnistie pour tous les accusés détenus [1]. »

Quant aux dispositions pénales, il faut soigneusement distinguer suivant les temps et suivant qu'elles ont été suggérées par l'esprit du christianisme ou par des passions dont il n'a été que l'occasion. Tant que les chrétiens eurent à souffrir de l'intolérance païenne, l'esprit d'humilité et de douceur ne les abandonna point : pénétrés de leurs propres infortunes, ils éprouvaient des sympathies pour tous les malheurs, même pour ceux qui étaient le mieux mérités. Ils savaient que Dieu ne demande point la mort du pécheur ; ils avaient sur l'humanité, sur Dieu, sa providence, sur la peine, sur son but, des idées particulières qui ne les rendaient pas ennemis des coupables ; ils ne ces-

[1] Cod. Theod., l. 1, *De accusat.*: ib., l. 10 ; ib., l. 6, *De custod. reor.*; ib., l. 1 et 6 ; ib., l. 3 ; ib., l. 7 ; ib., l. 4, *De quæst.*; ib., l. 5 ; ib., l. 3, 6, 7, 8.

saient point de voir en eux des hommes, des frères, des enfants de Dieu, des prédestinés possibles. Une fois qu'ils furent les plus forts, que le pouvoir se trouva indirectement entre leurs mains, ils succombèrent à la tentation, assez naturelle d'ailleurs, de favoriser leurs propres croyances, leurs pratiques religieuses, d'en étendre le bienfait par des mesures peu chrétiennes. De là les nombreux délits contre la religion, contre les mœurs envisagées au point de vue religieux ; de là les peines excessives réservées à ces prétendus délits ; de là, enfin, les persécutions légales pour cause de religion.

Mais tous ces excès étaient destinés à passer, après avoir duré des siècles, il est vrai ; le bien, au contraire, devait rester toujours. Le mal n'appartient donc point à l'institution ; il est le fruit des passions humaines, qui peuvent tout corrompre, et qui ne manquent jamais d'occasion ni de prétexte pour se satisfaire. Le christianisme est si peu responsable des excès commis en son nom, que son esprit leur est entièrement contraire. Mieux compris, non-seulement il condamne ce faux zèle, mais il prescrit les vertus opposées.

Tous les progrès ultérieurs, ceux qui se préparent aussi bien que ceux qui sont réalisés déjà, appartiennent donc essentiellement à son esprit de justice, de mansuétude et de miséricorde. L'homme ne pourra jamais montrer à l'homme plus de respect, de pitié et d'intérêt que la charité n'en suppose, et que n'en comporte le haut prix de l'humanité dans le système de la rédemption chrétienne.

Qu'importe maintenant la longue intermittence que

le christianisme semble avoir subie dans son développement? le malheur des temps l'explique. Les Barbares, en se pressant en foule sur l'empire romain, en menaçant d'étouffer une civilisation rajeunie par l'esprit chrétien, ressemblent à des sauvages qui pensent éteindre, en y jetant tout d'un coup une immense quantité d'aliments nouveaux, un vaste brasier autour duquel ils accourent pour rendre la chaleur et la vie à leurs membres engourdis par un froid mortel. Jamais, au contraire, le christianisme n'a fait plus de progrès et de plus durables qu'à cette époque. Il conquérait le monde; il gagnait en étendue bien plus qu'il ne perdait en pureté. Et cette perte encore devait être réparée avec le temps; il fallait élever le paganisme civilisé et le paganisme barbare à la hauteur de la croix; tâche immense, et qui, à moins d'un miracle, devait durer des siècles. Ce miracle ne s'est point fait et ne devait point se faire; la Providence, maîtresse du temps, et qui tient à conserver à l'homme toute la dignité qui lui a été départie dans l'acte de la création, veut aussi que l'homme se développe progressivement, qu'il se doive pour ainsi dire quelque chose à lui-même, qu'il soit à certains égards son œuvre, sa créature propre. C'est ainsi, du reste, que tout progrès s'accomplit dans la nature : le monde n'a pas été fait en un jour; la terre même que nous habitons, les espèces inférieures qu'elle nourrit, tout a eu son commencement. Un état de choses a été constamment suivi d'un autre, et ce qui semble avoir duré ou devoir durer toujours a sans doute son temps marqué.

Mais à quoi bon prétendre justifier la Providence?

A-t-elle donc besoin d'être justifiée? Ne suffit-il pas de constater sa marche? Or, rien n'est plus certain que la nature essentiellement perfectible de l'homme. Grâce à la parole et à la réflexion dont il est doué, les idées des générations précédentes deviennent le patrimoine des générations qui suivent, et ce patrimoine est un fonds sur lequel chaque génération travaille à sa manière; les méthodes, les instruments se modifient à l'aide de la comparaison et de la réflexion. Les sciences et les arts se prêtent un secours mutuel; tout marche d'ensemble à la lueur du flambeau religieux. Et ce flambeau acquiert lui-même de temps à autre un nouvel éclat, suivant qu'il plaît à la Divinité de mieux assurer la marche de l'humanité ou de ranimer son activité engourdie.

D'autres que nous ont fait voir, avec autant d'éloquence que de vérité, la destination du moyen âge dans le plan de la civilisation universelle : ils l'ont montré comme une transition nécessaire aux nouvelles formes sociales; ils en ont établi la valeur relative, et ont fait voir que cette période encore est un progrès sur l'antique civilisation de la Grèce et de Rome. Il s'agissait, en effet, de pénétrer tout l'homme, toutes ses institutions, toutes les formes de sa vie, tout ce qu'il est, tout ce qui l'entoure et qui lui parle, de l'esprit chrétien; il s'agissait de faire entrer si profondément dans son être le nouveau principe de vie, qu'il dût en être animé à son insu, qu'il dût en vivre encore après l'avoir en apparence perdu, qu'il dût même ressusciter à la vie chrétienne après y avoir en apparence succombé. Il s'agissait de faire périr en nous le

côté païen, barbare ou sauvage de l'antiquité, mais lentement, progressivement, comme dans toute œuvre divine en ce monde, et par le seul effet du développement régulier du principe nouveau.

Or, ce développement est facile à constater dans la marche des sociétés modernes, en passant des sociétés féodales aux grandes royautés absolues, et de celles-ci aux monarchies constitutionnelles.

La féodalité n'est que l'inégalité artificielle organisée. C'est le triomphe de la force sur l'anarchie, mais aussi sur le droit. Cette organisation sociale a donné naissance à une foule d'obligations et de délits qui lui étaient propres ; les droits et les devoirs particuliers qui reliaient le vassal au suzerain, le serf au propriétaire, au seigneur, ont produit une législation criminelle qui est l'image de cet état de choses. La félonie est partout où la fidélité devait être, et la peine de la félonie consiste souvent à priver des avantages seigneuriaux, ou à traiter le serf récalcitrant comme autrefois les maîtres traitaient leurs esclaves, ou à les chasser de la terre à laquelle ils étaient attachés et qui les nourrissait. Ils étaient encore les gens, les hommes des seigneurs. Cette expression indiquait une possession sérieuse, qui réduisait presque le serf à la condition de chose : la religion, l'humanité venaient seules tempérer le droit. C'était le passage de la servitude ancienne à la liberté moderne.

Il n'y a d'autre pénalité un peu générale et fixe dans les sociétés féodales, en dehors de celle qui résulte des rapports féodaux eux-mêmes, que les débris traditionnels de la pénalité barbare ou de la pénalité romaine,

et les emprunts faits à la justice ecclésiastique. Encore est-il vrai de dire que les seigneurs ou les juges par eux choisis étaient si étrangers aux lois, si peu soucieux de les apprendre, si habitués à la guerre et si peu portés à l'étude, que l'arbitraire semble plutôt avoir été la règle suprême de leurs sentences.

Aussi le progrès n'est-il là que dans la procédure, qui avait remis en crédit le droit d'accusation, la procédure orale, la publicité et le jugement par jurés. Cette procédure venait également de la jurisprudence grecque ou romaine, et des coutumes des Germains. Mais les modifications que la féodalité a fait subir à cette procédure sont en harmonie avec l'esprit du temps. C'est assez dire qu'elles n'ont qu'un mérite relatif, si toutefois des imperfections absolues, mais appropriées à des intelligences grossières et faussées, peuvent s'appeler un mérite. La jurisprudence du XIII[e] siècle eut un autre avantage, ce fut de faire revivre les appels établis comme règle par les constitutions impériales.

Le progrès le plus manifeste de la législation criminelle au moyen âge doit être cherché dans la jurisprudence ecclésiastique : l'esprit de justice s'y montre à un plus haut degré dans la détermination des délits, dans le choix des peines et dans l'imputation. Elle est plus accessible à la douceur et à la pitié. Elle se fait la protectrice du pauvre, du faible, de l'opprimé. Son esprit d'égalité contraste surtout avec l'insolente distinction des rangs et des castes de la justice civile. L'Eglise crée le privilège clérical ; elle protége tous les siens ; on accourt dans son sein comme dans le seul

asile de la liberté et de l'égalité. Son joug est un véritable affranchissement. Les peines purement canoniques n'ont rien d'exorbitant, lors surtout qu'on les compare aux peines civiles; aucune n'est capitale, et celles qui sont perpétuelles sont la plupart adoucies par le régime d'une vie commune beaucoup plus supportable que celle des établissements pénitentiaires modernes les plus vantés [1].

Si la justice ecclésiastique met en usage la procédure inquisitoriale et l'instruction écrite, elle n'eut pas l'honneur de l'invention. D'ailleurs, si elle aime le silence et le mystère, c'est qu'elle veut procéder avec recueillement, et qu'elle est assez sûre de ses intentions paternelles pour n'avoir pas besoin d'être contenue dans de justes bornes par l'opinion publique. Mais ce qui la distingue éminemment dans sa procédure, ce qui la met bien au-dessus de son temps, c'est la répugnance pour les épreuves et le combat judiciaires. Elle intervient, mais à regret, mais sans trop l'approuver, dans l'emploi de ces moyens par la justice séculière. Elle y recourt même. C'est une erreur et une faute, mais enfin c'est le plus léger tribut qu'elle pût payer à la brutalité du siècle. Elle a grande confiance au serment : c'est surtout son épreuve à elle; mais dès

[1] Il faut en excepter certaines détentions perpétuelles, fort rares à la vérité, qui ont un caractère de cruauté et d'arbitraire bien marqué: telle est celle, par exemple, à laquelle le moine bénédictin Jean Barnès fut condamné. Il fut d'abord saisi à Paris, puis conduit en voiture à la Villette, d'où il fut conduit en Flandre, garrotté sur un cheval. Le gouverneur de Cambrai le fit enfermer au château de Waerden, d'où il fut envoyé à Rome, où il demeura dans les prisons de l'Inquisition jusqu'à ce qu'il eût été transféré dans celle des fous pour y rester à perpétuité. — V. BAYLE, *Dict. hist.*, v° BARNÈS.

qu'elle s'aperçoit qu'elle s'abuse, elle revient à la preuve testimoniale pure et simple. Ses juges ont sur les autres l'avantage d'être plus instruits, de s'occuper exclusivement de leurs fonctions, d'être mieux choisis, et permanents.

Mais les justices ecclésiastiques avaient une tendance excessive à l'envahissement; elles revendiquaient jusqu'aux matières civiles et de police sociale : elles formaient une administration exceptionnelle trop étendue, trop indépendante. La royauté, en se fortifiant contre la féodalité, dut aussi chercher à rentrer dans ses droits à l'égard du pouvoir ecclésiastique. Devenue capable de rendre la justice, elle devait être jalouse de remplir ce devoir souverain. Elle le fut, et sut profiter de plus d'une bonne institution qu'elle trouva établie, et en ajouter d'autres. Elle eut aussi ses juges permanents, ses hommes de loi. Pour étendre sa juridiction, elle imagina la prévention, sorte de prise de possession fondée sur le droit de la plus grande diligence, et qui devait contribuer à rendre la justice pénale plus prompte et plus complète. La réserve des cas royaux fut, ainsi que l'appel, un autre moyen d'arriver au même but. Cependant les justiciables y trouvaient leur avantage. Mais la plus grande amélioration dont la justice criminelle est redevable aux luttes de la royauté contre les seigneurs, fut l'institution du ministère public. Malheureusement cet avantage se trouva contre-balancé par l'établissement de l'enquête secrète, par la seule procédure écrite, et par la torture. Remarquons néanmoins, à côté de ces vices, et comme en étant un grand correctif, l'information

préliminaire, une savante et consciencieuse théorie des preuves, le récolement et la confrontation.

Malgré les imperfections qui règnent encore dans cette partie de la législation criminelle, elle semble cependant plus avancée que la partie des délits et des peines. On retrouve encore au XVIIIe siècle, dans tous les codes de l'Europe, toute la barbarie des temps antérieurs. Ce sont des listes de délits sans fin et sans raison, surtout en ce qui regarde la politique, la religion et les mœurs; des peines cruelles et sans proportion avec les délits [1].

La révolution française, préparée en ce point, comme dans tout le reste, par la philosophie contemporaine, a fait faire un pas immense au droit criminel. Qu'on se rappelle seulement les travaux de Montesquieu, de Voltaire, de Servan, de Linguet, de Brissot en France; ceux de Beccaria et de Filangieri en Italie; de Blackstone et de Bentham en Angleterre; de Kant, de Fichte, de Beck, et surtout de Rotteck en Allemagne.

Est-il nécessaire de dire maintenant que chaque peuple moderne, en modifiant ses lois criminelles depuis plus d'un demi-siècle, les a de plus en plus rapprochées de celles qui étaient jusque-là le moins imparfaites encore, des lois françaises? que ces législations diverses, comparées entre elles, forment une série progressive qui représente assez bien la situation de chaque peuple sur l'échelle de la civilisation, depuis la Russie jusqu'à la France, en passant par l'Espagne,

[1] Voir, sur ce sujet, l'*Introduction historique au Cours de législation pénale comparée*, par M. ORTOLAN, p. 107-129.

le Portugal, l'Italie, la Grèce, l'Angleterre, la Suède, la Norwège, le Danemarck, la Hollande, l'Autriche, la Prusse, la Belgique, quelques petits Etats allemands, certains cantons de la Suisse, et les républiques américaines, entre autres la Louisiane? qu'il reste encore beaucoup à faire, même pour les législations les moins imparfaites [1], mais que ces besoins sont vivement sentis, et qu'on travaille de toutes parts à les satisfaire? En donnant ici les preuves à l'appui de ces assertions, nous reviendrions sur des faits déjà exposés.

Remarquons seulement que depuis le XVIII[e] siècle,

[1] M. Rossi a esquissé en 1829 l'état de la législation en Europe; t. I, p. 50 et suiv. de son *Traité de Droit pénal*. Ce tableau, comparé à l'état actuel des législations criminelles, n'est heureusement plus vrai en beaucoup de points; en trente ans, de grandes améliorations ont été faites dans presque tous les pays.

Malgré les efforts des législateurs modernes pour rendre les lois pénales de moins en moins imparfaites, ils sont loin d'avoir acquis le droit de se reposer; ainsi, par exemple, en ce qui concerne la procédure criminelle, et dans cette procédure, le juste accord de l'ordre public et de la liberté individuelle, il résulte de la comparaison des législations les plus avancées qu'aucune n'est de tous points meilleure que toutes les autres. Celle des Etats-Unis l'emporte par la liberté provisoire qu'elle accorde sous caution à la plupart des inculpés, par la célérité dans l'information écrite, par les maisons pénitentiaires.

L'Angleterre est justement fière de son acte d'*habeas corpus*, de la responsabilité réelle de ses fonctionnaires, de la visite des prisons par les jurés, des listes synoptiques des détenus, et des individus jugés à chaque session des assises. La Prusse peut se glorifier de laisser à l'inculpé sa liberté dans les délits peu graves, sous promesse avec serment de comparaître devant la justice à la première réquisition; d'avoir forcé le juge d'instruction, par une amende de cinq écus par jour, à procéder dans les quarante-huit heures de l'arrestation à l'interrogatoire du citoyen arrêté et des témoins qui peuvent éclaircir l'affaire. L'Autriche a le mérite d'avoir prescrit de sages précautions pour protéger l'inculpé pendant son interrogatoire, et d'avoir ordonné un examen périodique des procédures et des prisons par un membre du tribunal supérieur. La législation française elle-même pourrait faire en tout ceci d'utiles emprunts.

les progrès ont été incomparablement plus notables en ce qui touche la pénalité qu'en ce qui concerne la procédure. La barbarie, des préjugés superstitieux ou fanatiques avaient jusque-là souillé les codes criminels de tous les temps et de tous les pays sans exception. Ces monstruosités ont presque entièrement disparu, et d'un seul coup. Quant à la procédure criminelle, au contraire, les législateurs de 1791 et de 1810 n'avaient qu'à choisir entre les différentes formes judiciaires du passé, à les coordonner et à les perfectionner, car tous les éléments d'une bonne procédure avaient été trouvés, appliqués avec plus ou moins de sagesse et de bonheur; mais ils n'avaient jamais été réunis. La France a l'honneur de l'avoir fait la première, et d'avoir ainsi ouvert la marche à tous les autres pays du monde civilisé.

Elle n'a eu qu'à consulter ses propres lois, sa jurisprudence, son histoire; elle y a tout trouvé même le jury; seulement, en le voyant fonctionner avec assez de succès chez une nation voisine, elle a pensé qu'il était sage de le prendre ainsi tout organisé, sauf, toutefois, les modifications rendues nécessaires par la différence des caractères nationaux. Grâce à l'esprit philosophique dont ses législateurs étaient animés, ils ont su former, d'une part, une synthèse habile avec les éléments anciens : l'information préliminaire, la procédure écrite, l'instruction secrète, l'institution du ministère public, la concentration de la procédure dans les mains des juges, la part à faire à ces juges dans le jugement; d'autre part, avec les éléments plus anciens encore, mais rajeunis et transformés par l'es-

prit nouveau : la publicité des débats, la preuve orale, et le jugement par jurés. C'est ainsi que la loi grecque et la loi romaine, les coutumes germaniques des deux premières races, les usages de la féodalité, la jurisprudence ecclésiastique, les institutions de la monarchie absolue, sont venus pour ainsi dire se purifier et s'unir sous l'influence généreuse de la philosophie française du dernier siècle.

CONCLUSION

Résumant le résumé qui précède, et ne prenant en considération que les traits les plus saillants du développement progressif du droit criminel, on peut dire :

1° Quant aux délits :

a) Qu'ils ont d'abord été peu nombreux;

b) Qu'ils se sont multipliés avec les relations et les intérêts ;

c) Que la confusion du droit et de la morale en a encore augmenté le nombre, surtout sous les régimes théocratiques;

d) Que la distinction moderne de l'ordre spirituel et de l'ordre temporel a corrigé en partie cette aberration, et doit la corriger encore;

e) Qu'on s'est fait des idées de plus en plus nettes de l'imputabilité des délits réels, de la responsabilité des agents moraux, et du degré de cette responsabilité.

2° Quant aux peines :

a) Que la vengeance personnelle a été le premier mode de châtiment (état sauvage);

b) Que le talion légal y est venu mettre une première mesure (civilisation orientale, barbarie asiatique);

c) Que la composition a permis de racheter la peine (civilisation germanique, barbarie européenne);

d) Que l'analogie et la proportion entre le délit et la peine, c'est-à-dire la stricte justice pénale, a préoccupé la civilisation suivante (gréco-romaine);

e) Que la charité a fait naître dans les temps modernes la pitié pour le coupable, et le désir de l'amender par la peine (civilisation chrétienne).

3° Quant à la procédure :

a) Qu'elle a été d'abord nulle (période de la vengeance personnelle ou populaire) ;

b) Qu'elle a commencé avec l'autorité (domestique, patriarcale, etc.), mais qu'elle a participé de son caractère arbitraire ;

c) Qu'elle a pris de l'habitude un caractère de fixité, et que cette *habitude*, de personnelle qu'elle était d'abord, est devenue traditionnelle, et a contracté par le fait l'autorité d'un *usage*, d'une coutume, d'une *loi*,

d) Que cette loi a été plus forte encore lorsque le maître, le chef, le souverain ne jugeait qu'avec un conseil, ou par un conseil sous sa présidence ;

e) Que la délégation du pouvoir judiciaire a rendu plus nécessaire encore un ensemble de règles sur la procédure comme sur les délits et les peines, et que ces règles ont dû être écrites ;

f) Que la magistrature officielle et l'appel, c'est-à-dire une organisation judiciaire, ont été la conséquence du même fait ;

g) Que la distinction déjà ancienne de l'action publique et de l'action privée a reçu de l'organisation de la justice un nouveau degré de netteté et de force ;

h) Que des garanties nouvelles en faveur d'une justice consciencieuse sont nées de l'égalité relative du moyen âge et de l'égalité plus grande des temps modernes ;

i) Que les très anciennes habitudes de liberté, d'égalité, de publicité, inséparables de la vie nomade de nos premiers aïeux, de leur vie guerrière par goût, par caractère ou par nécessité, mais non par autorité, ont développé ce besoin profond de la vie publique, cette garantie cherchée dans les grandes assemblées des champs de Mars ou de Mai, dans les parlements ou plaids, dans les Etats généraux, dans le jury et dans la publicité des débats judiciaires;

j) Que les preuves ont suivi le progrès des lumières : superstitieuses, absurdes, violentes dans les temps d'ignorante crédulité, de barbarie et de guerre générale, elles sont devenues de plus en plus rationnelles à mesure que le bon sens et la justice ont eu plus d'autorité dans le monde.

N'y eût-il que les quatre phases suivantes dans l'histoire de la procédure criminelle : la substitution de la force publique à la force privée pour arrêter le coupable ; — celle de l'autorité publique à l'offensé pour le juger ; — la distinction de l'action publique et de l'action privée, et par suite l'institution du ministère public ; — les moyens rationnels de preuves substitués au combat, aux ordalies, à la question, au serment des parties : la marche progressive de l'esprit humain dans ses institutions judiciaires serait déjà frappante, incontestable.

TABLE DES CHAPITRES



DEUXIÈME PARTIE

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE DÉLITS ET DE PEINES

LIVRE I

Délits contre les Personnes.

LIVRE II

Délits contre la Propriété.

LIVRE III

Délits contre la Société.

LIVRE IV

Délits contre les Mœurs.

LIVRE V

Délits contre la Religion.

APPENDICE

TROISIÈME PARTIE

DE LA POURSUITE DES DÉLITS

LIVRE I

Du juge criminel. — Tribunaux.

LIVRE II

Manière de saisir la justice d'un délit.

LIVRE III

De l'instruction criminelle. — Opérations qui la constituent.

LIVRE IV

Débats judiciaires. — Leur publicité. — Défense. Jugement. — Exécution.

QUATRIÈME PARTIE

ESQUISSE DES PROGRÈS DE LA CIVILISATION

DÉDUITS DES PRINCIPAUX FAITS EXPOSÉS DANS LES LIVRES QUI PRÉCÈDENT DU PRÉSENT ET DE L'AVENIR DU DROIT PÉNAL.

PRINCIPAUX ERRATA DU 2e VOLUME

Page 95, lig. 3, de répandu, *lire :* répandu.
116, lig. 3, avec d'autres, *lire :* au moyen d'autres substances.
122, lig. 13, *en remontant :* quelle, *lire :* qu'elle.
125, lig. 17, contre des, *lire :* à l'égard des.
136, *ligne dernière*, inguiriâ, *lire :* ingiuria.
139, lig. 1re de la note, projetto, *lire :* progetto.
157, lig. 4, *en remontant :* pulatur, *lire :* pulsatur.
169, lig. 3, *en remontant :* Laloubrée, *lire :* Laloubère.
179, lig. 15, *en remontant :* Entre d'autres, *lire :* En d'autres.
197, lig. 6, qu'il a lieu, *lire :* que l'abus a lieu.
202, lig. 5, jujure, *lire :* injure.
223, lig. 6, des titres, *lire :* de titres.
281, lig. 13 et 14, par agents, *lire :* par des agents.
304, lig. 5, sodomistes, *lire :* sodomites.
331, lig. 3, *en remontant :* absout, *lire :* absous.
334, lig. 9, *en remontant :* cette jurisprudence est, *lire :* cette jurisprudence y est.
336, lig. 10, *en remontant :* œmula, *lire :* æmula.
343, lig. 9, absout, *lire :* absous.
382, lig. 16, aurait eut, *lire :* aurait eu.
421, lig. 10, Zacharie, *lire :* Zachariæ.
466, lig. 7, ajoints, *lire :* adjoints.
480, lig. 11, *en remontant :* on aura, *lire :* on n'aura.
490, lig. 12, *en remontant :* seigneuriales, *lire :* soit seigneuriales.
493, lig. 12, l'autorité des judiciaires, *lire :* l'autorité judiciaire.
503, lig. 5, abusives, *lire :* abusives de l'Eglise.
528, lig. 9, ne pouvait être, *lire :* pouvait n'être.
547, lig. 10, tacite, *lire :* tacitement.
562, lig. 5, à cet égard, *supprimer ces mots.*
565, lig. 8, *supprimer le mot* la.
576, lig. 3, *en remontant :* eu commune, *lire :* une commune.
609, lig. 12, *instansia*, lire : *instantia.*
619, lig. 2, à être, *lire :* et être.
657, *ligne dernière* (note) : Odycée, *lire :* Odyssée.
670, lig. 9, *en remontant :* pouvait, *lire :* pouvaient.
723, lig. 13, infectés, *lire :* infectées.

Page 752, lig. 11, et décisive, *lire* : est décisive.
757, lig. 12, *supprimer* pas.
787, lig. 11, ils, *lire* : s'ils.
788, lig. 6, les révéler, *lire* : révéler.
844, lig. 14, fi, *lire* fit.
847, lig. 9, valu, *lire:* valut.
860, lig. 4, tels, *lire* : telles.
860, lig. 2, *en remontant* : connaître toute, *lire* : connaître de toute.
870, dernière, Moreb, *lire* : Morib.
926, ligne 5, retombera, *lire* : retomba.
985, ligne 8, elle, *lire* : elles.

Dijon, imp. Darantiere.



